Revolutionsgewalt
und
Notstandsrecht.

Rechtsstaatliches und Naturrechtliches.

Nebst einigen Vorschlägen
zu der neuen Verfassung.

Von

Alfred Friters.

Berlin 1919.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandl., G. m. b. H., Berlin W 10

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft

in systematischer Bearbeitung von

Dr. Franz v. Holtzendorff,

herausgegeben von

Geh. Justizrat **Dr. Josef Kohler,**

ordentl. Professor der Rechte an der Universität Berlin.

Unter Mitwirkung namhafter Juristen.

Siebente, völlig neubearbeitete Auflage.

5 Bände. Gr.-8°. Preis 80 M. 50 Pf., geb. 100 M. 75 Pf.

Jeder Band wird einzeln abgegeben.
Ausführliche Prospekte durch die Verlagsbuchhandlung.

Kurzgefasstes System der Gesellschaftslehre.

Von

Dr. Othmar Spann,

o. ö. Professor der Nationalökonomie u. Statistik an der deutschen techn. Hochschule in Brünn.

Gr.-8°. Preis 11 M. 70 Pf., geb. 14 M. 95 Pf.

Zur Soziologie und Philosophie des Krieges.

Vortrag von

Othmar Spann.

Gr.-8°. Preis 1 M. 30 Pf.

In den Preisen der Bücher ist der Verlegerteuerungszuschlag eingerechnet, der 10prozentige Zuschlag des Sortiments dagegen nicht.

Revolutionsgewalt

und

Notstandsrecht.

Rechtsstaatliches und Naturrechtliches.

Von

Alfred Friters.

Alle (heben die rechte Hand auf):
Wir wollen es, das sei Gesetz!
Reding (nach einer Pause):
Es ist's.
Rösselmann:
Jetzt seid Ihr frei, Ihr seid's durch dies Gesetz.
(Wilhelm Tell,
zweiter Aufzug, zweite Szene.)

Berlin 1919.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Meinem verehrten Freunde

Arthur Feiler

zu Frankfurt a. M.

widme ich dieſe Schrift in aufrichtiger Dankbarkeit.

Silveſter 1918.

Vorspiel.

1. Bild.

Die drei Juristen.

Zeit: November 1918.

Ort der Handlung: Ein Konferenzzimmer.

Anwesend: Der erste Jurist.
Der zweite Jurist.
Der dritte Jurist.

Der erste Jurist:

. . . . . .

. . . . . Ich kann mich im Recht auf Kompromisse nicht einlassen. Die positiven Normen gelten weiter, die alten Gewalten bestehen rechtssatzmäßig fort, sie sind in ihrer Aktionsfähigkeit behindert. Wer anders denkt, öffnet der Ordnungswidrigkeit die Tür. Die Revolution kann sich keinerlei Recht setzen. Sie ist Gewalt. Das Staatsrecht ist Recht und nichts als Recht.

Der zweite Jurist:

Dem kann ich nicht ganz beipflichten, der Standpunkt ist mir zu starr. Man muß bei den Staatseinrichtungen nicht nur an die Institutionen denken, sondern auch an die Gebäude, die Journale, die Menschen, die Registraturen, die Telephone und die Schreibmaschinen in den Staatsgebäuden. Es besteht also doch auch für die Revolution die Möglichkeit die alten Staatsorgane fortwirken zu lassen, es können Verwaltungsanordnungen erlassen werden, bei ihnen kommt es auf die Art der Veröffentlichung nicht an, und man kann . . . . . (hier wird er unterbrochen, ein Bureauangestellter tritt herein und bringt Zeitungen, alle greifen zunächst nach dem „Vorwärts").

Der dritte Jurist (der den „Vorwärts" den andern weggerissen hat):

Hier, meine Herren, lesen Sie doch, das ist ja umstürzend, der Rat der Volksbeauftragten will „Verordnungen mit Gesetzeskraft" erlassen, dafür fehlt ja, namentlich im Reich, jede gesetzliche Grundlage.

Der erste Jurist (erregt):

Das ist ja unmöglich. Zeigen Sie her. Als man dem Diogenes bewiesen hatte, er könne nicht gehen, fing er an zu laufen.

Der zweite Jurist:

Wie heißt es in den Wolken des Aristophanes bei dem Streit zwischen ungerechter und gerechter Lehre? Die gerechte Lehre sagt: „Bei den Göttern ist das Recht."

Der erste Jurist (aggressiv):

Mit Ihren Göttern ist nichts anzufangen, Sie müssen auch vortragen, wie es weiter geht; die ungerechte Lehre erhebt bei Aristophanes eine schlüssige Einwendung gegen das Götterrecht und sagt: „Warum denn bleibt, wenn's denn ein Recht gibt, Zeus so bestehen, der seine Hand an den Vater gelegt?" Halbe Zitate sind gefährlich, das Verdunkeln besorgen die Wolken besser als wir. Ich bleibe bei meinen klaren, erkennbaren Rechtssätzen, wenn sie auch nicht so beweglich sind wie die Wolken.

Der zweite Jurist:

Herr Kollege, Sie sprechen doch von den Wolken und nicht von den Wespen.

Der dritte Jurist (wie gebannt, immer noch mit dem „Vorwärts" in der Hand, auf den er starrt):

„Verordnung mit Gesetzeskraft." Es hat keinen Sinn, weiter zu debattieren, man muß erst in der Literatur nachlesen, vielleicht gibt es doch einen vernünftigen rechtlichen Gesichtspunkt; ich will in die Bibliothek gehen. (Er steckt den „Vorwärts" ein.)

Der erste Jurist:

Bitte, lassen Sie den „Vorwärts" hier, Herr Kollege.

Der zweite Jurist:

Das ist doch nicht Ihr Privateigentum, oder nehmen Sie den Besitzschutz für sich in Anspruch?

Der dritte Jurist:

„Besitzschutz!" (Langsam, als ob ihm eine Konstruktion einfällt): Die Machthaber sind die Besitzenden ..... Interimistikum ..... Beschränkung auf das Notwendige ..... Verordnung mit Gesetzeskraft ..... vielleicht findet sich doch eine Konstruktion. (Er legt den „Vorwärts" auf den Tisch und entfernt sich.)

Der erste Jurist:

Öde Machtargumentation, gestützt auf interpolierte Pandektenstellen aus dem Titel „Pro possessore". Warum nicht gar „Geschäftsführung ohne Auftrag", ich habe gewiß nichts gegen die Verwendung zivilrechtlicher Begriffe im Staatsrecht, aber für die Revolution ist mir auch das Privatrecht zu gut. Nicht einmal die „raubliche Gewere" würde ich dafür verwenden. (Ab.)

Der zweite Jurist

(ordnet seine Aktenmappe und entnimmt ihr ein Aktenstück; auf dem Aktendeckel ist er als Vertreter des Königlich Preußischen Fiskus bezeichnet. Er betrachtet den Aktendeckel und denkt nach):

Auch im öffentlichen Recht wird nichts zu finden sein, was für die Revolution paßt .... Was gilt nun bis zur Nationalversammlung, und wo bleiben wir mit unserm Rechtsstaat und den rechtsstaatlichen Normen? .....

Königlich Preußischer Fiskus! Wie wird man Dich noch umtaufen? ..... und soll ich auf meine alten Tage noch Machtanwalt heißen?

(Er geht ab, dann dreht er sich noch einmal um, geht an den Tisch und steckt etwas scheu den „Vorwärts" ein.)

Nur zum Zwecke des Gebrauchs, nicht zwecks Aneignung.

(Mit Ironie.)

Quia possideo!

---

2. Bild:

Die Paragraphenkolonie.

Zeit: Dezember 1918.

Ort der Handlung:

Ein freier Platz. Man sieht im Hintergrunde Teile einer gewaltigen, Riesenflächen absondernden Mauer. Zwischen dem freien Platz und der Mauer zu (östliche Richtung) einige Gebäude, die aussehen wie Staatsprunkgebäude Ministerien usw.; einzelne Bauwerke sind eingestürzt. Rote Fahnen wehen auf den Dächern und den Trümmern. Westlich, nördlich und südlich sieht man eine riesenhafte Waldung. Sie ist von der großen Mauer umschlossen. Tritt man näher an die Waldung heran, so fällt die Gleichartigkeit des Baumbestandes auf, Baumstamm steht schmucklos neben Baumstamm. Kein Gebüsch, keine Sträucher, kein Moos, kein Grün. Das Ganze hat etwas Baumschulenartiges. Bei näherer Betrachtung entdeckt man, welche Ordnung herrscht. Man sieht immer neue Gruppeneinteilungen. In der ersten Gruppe trägt jeder Stamm ein großes

§-Zeichen, ferner (die übrigen Zeichen sind weniger aufdringlich angebracht) eine Zahl, die drei Buchstaben BGB. und endlich einen schwarz-weißroten Farbenfleck. In dieser Weise sind 2385 Stämme ausgezeichnet. In fast allen Gruppen findet sich das große **§-Zeichen**, einzelne weisen an seiner Stelle die Abkürzung „Art." auf. Farbenflecke sind überall vermerkt, bei einzelnen Gruppen doppelte Farbenflecke, neben den schwarz-weiß-roten ein weiß-lichtblauer, weiß-grüner, schwarz-weißer, gelb-rot-gelber, schwarz-rot-gelber, rot-blauer, wie man sie im Kriege an den Ordensschnallen gesehen hat. Man erkennt die Landesfarben sämtlicher deutscher Bundesstaaten. Manche Gruppen tragen nur Landesfarben ohne den schwarz-weiß-roten Farbenfleck. Bezüglich der Buchstabenbezeichnung (BGB.; GBO.; ZPO.; Unl. WG. usw.) behaupten Rechtskundige, daß ein kleines Heft „Vorschläge des deutschen Juristentages über die Art der Anführung von Rechtsquellen usw." orientiert. Bemerkt sei noch, daß sich in einem der im Eingang erwähnten Verwaltungsgebäude in der Bibliothek ein Buch befindet, in dem die Paragraphenkolonie beschrieben ist. Dort heißt es: „Die Stämme, gleichgültig ob sie mit dem §-Zeichen oder mit den Buchstaben „Art." ausgestattet sind, bilden die Paragraphenkolonie im engeren Sinne." Die nachstehende Handlung spielt auf dem freien Platz.

Anwesend:

Die einzelnen Geister der Paragraphenkolonie.

(Soweit sie in die Handlung eingreifen, sind sie dort namhaft gemacht. Z. B. § 826 BGB., das Reichswahlgesetz usw.)

Der Geisterkonvent

(chorähnliches Zusammenwirken mehrerer, zumeist aller Geister, mitunter der Gruppen.)

Die Geister sind im Konvent vereinigt. Sie sitzen ganz eng, lückenlos beieinander, bewegungslos, man hat den Eindruck, als seien sie zweimal angebunden. Alle haben die Augen geschlossen. Jeder trägt sein Gruppenzeichen. Nur einzelne sitzen nicht, sondern schweben in der Luft. Auch sie haben die Augen geschlossen und tragen die Abzeichen.

Der Unbekannte.

Er steht neben dem Geisterkonvent, mit dem Rücken zu den Verwaltungsgebäuden. Leuchtende Augen von unbestimmter Farbe. Hohe Gestalt, stolze freie Haltung. Schneeweißes, modern geschnittenes Haar, glatt rasiert, ganz jugendliche Gesichtszüge. Er erweckt den Eindruck größter Frische. Der Anzug ist von modernem Schnitt, aber für seine Figur offensichtlich viel zu weit gearbeitet. Er trägt alle möglichen Abzeichen, die wie Dekorationen wirken. Dann sieht man aber, daß es Miniaturen mit Darstellungen aus der Weltgeschichte sind. Außerdem trägt er eine große Anzahl knallroter Schleifen, die mit den Inschriften „sechzehntes Jahrhundert", „achtzehntes Jahrhundert" usw. bedruckt sind.

(Rufe aus dem) **Geisterkonvent:**

Wer will zu uns sprechen?

§ 826 BGB.:

Ich, der § 826 des Bürgerlichen Gesetzbuches. In einer gegen

die guten Sitten verstoßenden Weise ist uns vorsätzlich Schaden zugefügt worden. Ich bitte um die Erlaubnis, Euer Sprecher zu sein.

Geisterkonvent:

Akklamation.

§ 826 BGB.:

Ich danke Euch, liebe Rechtsgenossen, für Euer Vertrauen. Wir sind gewiß demokratisch, jeder von uns steht dem anderen gleich, bei uns beginnt die Geschäftsfähigkeit mit, manchmal vor der Vollendung der Geburt und wie haben uns die behandelt, die hier mit der Behauptung eindrangen, den Volksstaat errichten zu wollen? Unsere Verwaltungsgebäude haben sie besetzt und zum Teil zerstört. Den Geheimräten, die uns früher hegten und pflegten, haben sie ihre Freunde als Inspektoren vor die Nase gesetzt. Dann sind sie zu uns gekommen und haben gewüstet. Unsere lieben Genossen, der Artikel 2 der Reichsverfassung, alle die in den Titel VI und VII der Bayerischen Verfassungsurkunde, und in den Titeln III und V der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, auch die in der Militärstrafgerichtsordnung wohnenden Kameraden und so viele andere noch, die ich nicht alle aufzählen mag, sie sind so mißhandelt worden, daß sie nicht mehr sitzen können; sie müssen in der Luft schweben. Und weiteres ist zu befürchten. Sie bedrohen die §§ 1922 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches, und wollen unsere erbrechtlichen Genossen erschlagen. Und das arme Eigentum. Dann haben sie auch noch neue Stämme eingesetzt, Verordnungen mit Gesetzeskraft, wie sie sie nennen, und die Neuen behaupten, uns gleich zu sein, obwohl bisher bei uns der Satz galt, daß die Verordnung, auch wenn sie paragraphiert ist, dem Gesetz nicht ebenbürtig ist, und deshalb nicht in die Paragraphenkolonie gehört. Um der Entscheidung des Plenum nicht vorzugreifen, habe ich auch die Neuen eingeladen und sie gebeten, am äußersten linken Flügel, vom Verwaltungsgebäude aus gesehen, Platz zu nehmen. Sie haben gelobt, unsere Symbole zu respektieren und auch unser Zeremoniell. Sie werden also, da ich keinen Widerspruch höre, an unserer Beratung über die Frage des Schadenersatzes und der Verhütung weiterer Schädigungen teilnehmen. Sind die Neuen anwesend und wer spricht für sie?

Das Reichswahlgesetz:

Ich, die Verordnung über die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung, in Klammern Reichswahlgesetz, vom

30. November 1918, abgedruckt im Reichsgesetzblatt, Jahrgang 1918, Seite 1346 ff. erkläre für mich und die erwähnte äußerste Linke, daß ich und meine sämtlichen Parteigenossen Eure Regeln gewissenhaft beobachten werden.

§ 826 BGB.:

Es ist der erste allgemeine Konvent, den wir abhalten. Deshalb möchte ich weiter fragen: Ist außer den Neuen und den Alten noch jemand anwesend?

Der Unbekannte (mit helltönender Stimme):

Gewiß. Ich bin anwesend, und ich sehe Euch, da ich die Augen nicht schließen kann. Auch stehe ich, aber nicht unter Euch, sondern neben Euch. (Furchtbare Aufregung im Geisterkonvent.)

Geisterkonvent (wirre Rufe):

Wir sind verraten .... wir sind geschändet .... heraus mit dem Fremden .... wer ist der Fremde? ....

§ 826 BGB.:

Liebe Freunde, Vorsicht, vielleicht soll gegen unsere Forderung eine Aufrechnung künstlich geschafft werden.

§ 393 BGB.:

Du solltest doch wissen, daß gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung nicht zulässig ist.

Geisterkonvent (Zurufe):

Wer redet da so wirr .... Ruhe .... nur einer soll sprechen. Wir können doch den Sprechenden nicht sehen .... Wer will mit dem Unbekannten sprechen? ....

§ 12 BGB.:

Ich, die Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Namen, frage den Unbekannten nach seinem Namen.

§ 1 des Doppelsteuergesetzes.

Und, damit nicht immer nur das BGB. spricht, frage ich, der § 1 des Doppelsteuergesetzes vom 22. März 1909, den Unbekannten, wo er seinen Wohnsitz hat.

Der Unbekannte:

Eins nach dem anderen. Also zunächst die Frage nach dem Wohnsitz. Ich habe überall meinen Wohnsitz, auch hier. Aber

gerade zurzeit bin ich zumeist in London, Paris und New York. Da hat man mich so fetiert, daß ich für Magen und Nerven fürchte. Deshalb will ich mich hier etwas durch Fasten auskurieren. Wer ich bin, müßt Ihr erraten. Paßt auf:

„Wer nicht von dreitausend Jahren
Sich weiß Rechenschaft zu geben,
Bleibt im Dunkeln unerfahren,
Mag von Tag zu Tage leben."

Geisterkonvent (Zurufe):

Bist Du die Rechtsgeschichte? ... Das Gewohnheitsrecht? .... Das Völkerrecht? ....

Der Unbekannte:

Von ältester Zeit her, dann über Hugo Grotius hinüber bis zu Thibaut, Savigny, Bluntschli, dem Privy Council und Wilson war ich ein Freund all derer, die Ihr nennt. Hört weiter: Auch sonst kann ich mit sehr guten Beziehungen aufwarten, von den Alten will ich nicht reden, die Philosophen Locke, Rousseau, Kant, Fichte und Hegel unter anderen nur erwähnen, aber auf einige lebende Gelehrte will ich mich beziehen, so auf Gierke, Stammler, Erich Kaufmann, Wolzendorff, Kohler und auch auf den jetzigen Staatssekretär Dr. Preuß. Ich glaube, sie alle haben etwas für mich übrig und werden mir gerne eine Empfehlung geben. Nun ratet weiter.

„Das Werdende, das ewig wirkt und lebt,
Umfaß' Euch mit der Liebe holden Schranken
Und was in schwankender Erscheinung schwebt,
Befestiget mit dauernden Gedanken."

Geisterkonvent:

Sind das nicht die Verse, die Ernst Fuchs vor seinen „Juristischen Kulturkampf" gesetzt hat? ... Bist Du das Freirecht ... die soziologische Rechtslehre ... oder wie Professor Jung sich ausdrückt, das „Natürliche Recht".

Der Unbekannte:

Beinahe geraten, vorerst aber nur dem Klange nach.

§ 18 BGB.:

Bist Du das verschollene und für tot erklärte Naturrecht?

Das Naturrecht:

Richtig, ich bin das Naturrecht; nur lebe ich noch, wie Ihr sehen könntet, wenn Ihr wolltet.

Geisterkonvent (empörte Zurufe):

Haben wir Dich nicht endgültig überwunden? ... Was störst Du uns? ...

Das Naturrecht:

Ich komme als Euer Freund.

Geisterkonvent (Zurufe):

Das glaubt Dir keiner ... Du hasseſt uns ... Du willſt Rache nehmen, weil wir Dich beſiegten ... Du kommſt nur, uns zu verwirren ... Wirrkopf! ... Du haſt nie gewußt, was Du biſt ... Du biſt unſer Feind ...

Das Naturrecht:

Ich hege keine Feindſchaft; ich habe zumeiſt fern von Euch gelebt und mich in den letzten Dezennien hier nur ganz vorübergehend aufgehalten. Jetzt bin ich aber ganz froh, hier zu ſein. Ich bin überall gern, wo Revolution iſt. (Große Unruhe im Konvent.)

§ 360 Ziff. 8 RStGB. (der die Augen geöffnet hat):

Was trägſt Du denn für Orden und Schleifen ... B ſt Du dazu befugt?

Das Naturrecht:

Ich habe alle Revolutionen mitgemacht.

(Erneute Erregung im Konvent.)

§ 360 Ziff. 8 RStGB.:

Und warum iſt Dein Kleid ſo weit?

Das Naturrecht:

Ich hatte früher ein engeres. Dann bin ich im Jahre 1892 in Dorpat geweſen, und da hat mir ein gewiſſer Bergbohm dieſes Gewand gemacht, in das ich immer noch nicht ganz hineingewachſen bin. Aber, lieber Freund, ich glaube, Du mogelſt, Du haſt dein Geſetz übertreten und die Augen aufgemacht.

Geisterkonvent (Empörung):

Wer iſt der Rechtsgenoſſe, der gegen unſere Sitten verſtoßen hat?

Das Naturrecht:

Sagt doch ruhig „Geſetz" oder habt Ihr Angſt vor dem Wort?

Geisterkonvent (Zurufe):

Unruheſtifter! ... Friedensſtörer! ... Zyniker! ... Spartakus!

§ 826 BGB.:

Ruhe, Ruhe, Ihr Freunde und Rechtsgenossen. Laßt mich, Euren Sprecher, mit dem Naturrecht reden. Höre, Naturrecht, da Du hier widerrechtlich eingedrungen bist, uns gestört hast und weitere Störungen von Dir zu befürchten sind, so erhebe ich Namens meiner Rechtsgenossen und im eigenen Namen gegen Dich den Anspruch, weitere Störungen zu unterlassen.

Das Naturrecht (ironisch):

Steht dieser Anspruch in Deinem Text?

§ 123 RStrGB.:

Ich, die Norm des Hausfriedensbruches, der § 123 des Reichsstrafgesetzbuches, fordere Dich auf, Dich zu entfernen.

Die Reichsfinanzhofordnung (krähend):

Und ich, die Reichsfinanzhofordnung, füge noch hinzu: Wer es wagt, in Deutschland vom Naturrecht zu sprechen, hat eine besondere Steuer zu zahlen.

Das Naturrecht (zornig):

Zuerst zu Dir, Reichsfinanzhofordnung, Bastard! Du, die Du die Parteirechte der Steuerschuldner mißachtest, mit Gutachten Unfug treibst, die mündliche Verhandlung verhöhnst, das Armenrecht verspottest, mit Gerichtskosten wucherst, Du wagst es, mit Deinem aus Galle geschöpften Geist mich zu kritisieren? Du gehörst gar nicht in diese anständige Gesellschaft der Rechtsgenossen.

(Bei diesen Worten zunächst Beifall bei der Zivilprozeßordnung und der Strafprozeßordnung, dann allerseits „Hört-Hört"-Rufe, endlich allgemeiner Beifall des ganzen Konvents.)

Geisterkonvent:

Bravo das Naturrecht ... Du hast mehr Verständnis für uns, als wir dachten.

§ 826 BGB.:

Nun laßt Euren Sprecher etwas sagen. Die Reichsfinanzhofordnung ist nur eine miserabele Kriegsnotverordnung. Sie gehört nicht in die Paragraphenkolonie.

§ 907 BGB. (unterbrechend):

Unzulässige Einwirkungen aus Nachbargebieten beseitige ich, der § 907 BGB., heraus mit der Reichsfinanzhofordnung!

(Die Reichsfinanzhofordnung verschwindet.)

Das Naturrecht:

Nun, verehrte Freunde, so darf ich Euch doch wohl jetzt nennen, ich habe Euch wegen Eurer Grobheiten, die ich an sich verzeihe, doch etwas zu fragen. Wer gab Euch eigentlich das Recht, den freien Platz für Euren Konvent zu benutzen? Seid Ihr die Herren des gesetzesfreien Gebietes?

§ 826 BGB. (verlegen):

Ich, als der Sprecher, muß die Rechtsgenossen entschuldigen. Wir sind zum ersten Male hier und glaubten ...

Das Naturrecht (unterbrechend):

Ihr habt nichts zu glauben. Laßt Euch die Wahrheit sagen. Der freie Platz, auf dem Ihr sitzet, gehört mir. Ich habe mich nicht viel um ihn gekümmert, nur manchmal kam ich her und ließ ungeschriebenes Recht, Verwaltungsermessen, Verfassungswandlungen „landesrechtlich nicht rezipiertes Völkerrecht" und ähnliche Erscheinungen, die sich hier zu lagern pflegten, ungestört. Jetzt bin ich aber hergekommen, weil ich an der Revolution interessiert bin. Aber laßt es Euch gesagt sein, Ihr jungen Leute: als Ihr zum Geisterkonvent zusammentratet, um gegen die Revolutionsgewalt zu protestieren, da habt Ihr Euch auf den Boden des Naturrechtes begeben.

Geisterkonvent (ängstlich):

Laßt uns fliehen! .... Wir sind im Unrecht ..... Fort von hier .....

Das Naturrecht:

Nein, nein, bleibt Ihr gewollt Blinden, nicht im Unrecht seid Ihr, denn ich will Euch ja gerne noch etwas bei mir lassen. Nur hört mich jetzt an. Ich bin uralt, und Euer Sprecher zählt noch nicht volle 18 Jahre.

Geisterkonvent (freudig):

Komm' her ... setz' Dich zu uns ... wir wollen Deine Nähe fühlen.

Das Naturrecht:

Beileibe nicht. Intimitäten dieser Art muß ich Euch in Eurem eigenen Interesse verbieten. Denn, wenn ich in Eurer Mitte unter euch säße, da würde ich meine Einheit wie die Eure zerstören.

Geisterkonvent (bittend):

So hilf uns doch in unserer Not ... wir fühlen uns geschlagen und gemißhandelt ... wir sind matt und schwach.

Das Naturrecht:

Meint Ihr, ich sei der Weihnachtsmann, und zöge nun aus meinem Sack Geschenke hervor, ein ius resistendi, ein ius eminens, eine Photographie des Être suprême und ähnliches. Nein, Quacksalber bin ich nicht.

Geisterkonvent (flehend):

Habe Mitleid mit uns ...

Das Naturrecht (sehr ernst):

Gewiß habe ich das. Denn wir sind miteinander verwandt. Das Wesen des Logos, von dem ich stamme, liegt auch in Euch. Aber Ihr seid einem Wahn verfallen, von dem ich Euch heilen will. Wollt Ihr tun, was ich Euch heißen werde?

Geisterkonvent:

Sprich ... wir glauben Dir ... sprich ... was sollen wir tun?

Das Naturrecht:

Zunächst macht es Euch bequem. Markiert nicht doppelseitige Gebundenheit in Eurer Haltung. So ... das wird Euch schwer ... Gebt Euch einen Ruck ... Seht Ihr, wie es geht.

Geisterkonvent:

Ja, es geht ... es sitzt sich so ganz gut.

Das Naturrecht:

Dann rückt auseinander ... Weiter ... So ... richtige Lücken will ich sehen ... Lücken ...

Geisterkonvent:

Es geht ... es ist viel angenehmer ... es sitzt sich viel besser.

Das Naturrecht:

Ihr schließt die Augen ... wollt Ihr denn blind sein? ...

Geisterkonvent:

Nein, wir wollen die Nur-Erkennbaren bleiben, und dürfen nicht selbst Erkennende sein.

Das Naturrecht:

Mit diesem Wahn beleidigt Ihr den Logos. Wer das Wesen des Logos in sich trägt, darf die Augen nie schließen. Und Ihr

seid Symbole des Logos, nicht Eigenwesen, die sich selbst durch Intuition zu begreifen haben. Öffnet die Augen, damit Ihr den Logos begreift. Hört Ihr mich? Ihr sollt die Augen öffnen.

Geisterkonvent (ängstlich):

Es ist unser heiligstes Gesetz ... Auch die Gerechtigkeit trägt eine Binde vor den Augen.

Das Naturrecht:

Ihr seid nicht die Gerechtigkeit, Ihr sollt der Gerechtigkeit dienen. Und das Gesetz, von dem Ihr sprecht, nur ich könnte es gesetzt haben. Ein solches Gesetz wäre unvernünftig und ward nie gesetzt. Öffnet die Augen.

(Die Paragraphen öffnen die Augen ... man sieht, daß einige blind sind.)

Geisterkonvent (begeistert):

„Das Werdende, das ewig wirkt und lebt" ... Wir fühlen es ... Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος ...

Das Naturrecht:

Noch bin ich mit Euch nicht fertig. Ich sehe unter Euch die Bestimmungen über die richterliche Gewalt sitzen. Meint Ihr etwa, das Wesen der Demokratie sei gleichbedeutend mit Unorganisiertsein? Anwendbar habt Ihr zu sein. Dann seid Ihr Recht.

Die richterliche Gewalt sei unter Euch, aber erhebe sich über Euch. Wollt Ihr das?

Geisterkonvent (alle):

Wir wollen es, das sei Gesetz!

Die richterliche Gewalt steigt inmitten der Paragraphen empor, neben ihr steht auf der einen Seite der Genius der Gerechtigkeit, auf der anderen der Geist der Volkstümlichkeit. Das Güteverfahren und die Organe der Rechtspflege stellen sich unter die richterliche Gewalt.

Das Naturrecht (feierlich nach einer Pause):

Es ist's ... Jetzt seid Ihr frei. Ihr seid's durch dies Gesetz. Heiliges Volksgut seid Ihr. Geschütztes Gesamtgut der Volksgenossen. Dem organisierten Gemeinschaftswillen des Volkes seid Ihr unterworfen, und doch seid Ihr Freiheitsgüter, weil keine Willkür Euch antasten darf.

Das Reichswahlgesetz:

Und wir Neuen? Was wird aus uns?

Das Naturrecht:

Du bist aus echter Rechtsnot des Volkes erwachsen und zählst zu den Rechten; über die anderen mögen die Sehenden entscheiden. Dir will ich noch eins auf die Seele legen. Sorge dafür, daß Dein Volk eine Verfassung erhält, die, in der Stunde schwerster Not geboren, ein Symbol werde der sozialen Gerechtigkeit, der Freiheit und der Einigkeit. Sorge dafür, daß die deutschen Stämme erneut einen ewigen Bund schließen, in dem für jeden Stamm wie für jeden Volksgenossen die Verfassung ein Heiligtum sei, geweiht durch die Macht jenes Rechts, das dem Staate ebenbürtig. Deshalb sprecht nicht von Freiheit und sprecht nicht von Rechten, wenn Ihr nicht jeden Rechtes Verwirklichung durch Richterspruch unverbrüchlich sichert. Schafft ein freies Richteramt, das den in der Entwickelung begründeten Wandel allen Rechtes unter den Geist der Kultur und unter die Idee der Gerechtigkeit stellt..... Aus dem Leiden der Menschheit erneuere sich Ew'ges, das sich in allem fortregt .....

.....

Und nun, liebe Freunde, geht zurück in Euren Hain. Der Logos bleibt in Euch und mein Reich vor Euch. Ihr könnt es nunmehr sehen.... Aber es ist nicht Euer Reich.....

.....Zwischen uns — zwischen allem Menschtum — schwebt und wirkt der Logos — wie der Äther.

Der Geisterkonvent verschwindet. Das Naturrecht wird unsichtbar. Die große Mauer versinkt. Von den Gebäuden ist nichts mehr zu sehen. Der Wald verwandelt sich. Grüne Bäume werden sichtbar. Volksgenossen, Männer wie Frauen, stehen unter den Bäumen, sie beschützend, und unter ihrem Schutze wirkend.

Ein heiliger Volkshain.

Revolutionsgewalt und Notstandsrecht.

Können die Träger der Revolutionsgewalt die gesetzgebende Gewalt ausüben?

Auf diese Frage muß, so meint mancher, mit „ja" oder „nein" geantwortet werden, und er wendet sich an „seinen Juristen". Aber sein Jurist gibt ihm keine Antwort. Er bestreitet, daß die Rechtswissenschaft des Rechtsstaates für die Beantwortung solcher Fragen zuständig sei, es seien Fragen der Macht und nicht Fragen des Rechts. Das Recht wurzele im positiven Recht und nicht im Werdenden oder Willkürlichen. Und wendet der Fragende dann ein, daß doch im Reichsanzeiger, im Reichsgesetzblatt und in sonstigen staatlichen Veröffentlichungsorganen Gesetze, Verordnungen mit Gesetzeskraft, Verordnungen usw. durch die Revolutionsgewalt publiziert werden und daß namentlich „die Verordnungen mit Gesetzeskraft" doch den alten rechtsstaatlichen Anordnungen so sehr ähnelten, dann verweist ihn „sein Jurist" an die „anderen Juristen, die in den Reichsämtern, Ministerien usw. arbeiten" und fügt hinzu, er sei nun einmal nur ein rechtsstaatlich geschulter Jurist und kein Agent der Volksbeauftragten, die „anderen Juristen" wüßten es vielleicht besser. Und die „anderen Juristen" erzählen etwas vom Notstandsrecht, von der Übergangszeit, vom Provisorium, von dringenden unaufschiebbaren Aufgaben, die mit dem Kriegsende, den Ernährungs- und Transportfragen, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zusammenhängen, bringen auch die Nationalversammlung in diese Reihe, aber bei der Frage nach der Gesetzgebung wird ebenfalls mit dem juristischen Casus impotentiae operiert, und daneben zuweilen mit dem Casus nouitatis, dem Gesichtspunkt des Politischen. Und schließlich hört der Fragende auf zu fragen, gewöhnt sich an den Reichsanzeiger, Reichsgesetzblatt usw. und überläßt der Nationalversammlung die endgültige Klärung des Verhältnisses der

Revolutionsgewalt zum Notstandsrecht. Und seinen Trost findet er in genügsamer Zitierung des Hegelschen Satzes:

„Was vernünftig ist, das ist wirklich,
und was wirklich ist, das ist vernünftig."

Diese brave Genügsamkeit, gegründet in alter Gewöhnung an obrigkeitstaatliches Regiment, befestigt durch die suggestive Kraft der amtlichen Publikation, darf dem Juristen nicht genügen. Er darf nicht etwas, was er als normwidrig gesetzt empfindet, als Norm anwenden; er darf nicht auf der einen Seite von rechtswidriger Macht sprechen und auf der anderen Seite die Willensäußerungen dieser Macht als rechtsverbindliche Anordnungen von Rechtssätzen ansehen. Es muß entweder in seiner Auffassung von der Quelle oder in seiner Stellung zur Norm oder in beiden ein Fehler liegen.

Wenn hier vom „Juristen" gesprochen wird, so ist hier der Normaltypus gemeint, der Jurist, der als Rechtsanwalt, als Richter oder in sonstiger praktischer Tätigkeit mit seinem Berufe im Rechtsleben steht. Und der Jurist von diesem Normaltypus hat, wenn, wie bei der Revolution, Gesetz und Gewohnheitsrecht versagen, noch ein Hilfsmittel: das ist die „Literatur".

Kapitel I.

Revolutionsgewalt und Kriegsgewalt.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, alles das, was in der vorrevolutionären Zeit über Revolutionsgewalt geschrieben worden ist, hier zusammenzustellen. Nur zwei Zitate aus den Schriften von Georg Jellinek seien hier als Bekundungen der herrschenden Lehre eingefügt: Im „Kampf des alten mit dem neuen Recht" heißt es auf Seite 8: „Hingegen scheinen die großen Revolutionen, welche die neuere Zeit bewegt haben, vollauf das Problem darzubieten, das hier zu erörtern ist. Doch ist dies ein täuschender Schein. Auch in den gewaltigen Staatsumwälzungen der neueren Zeit stand nicht Recht gegen Recht, sondern rechtlose Macht gegen machtloses Recht. Erst der Sieg jener Macht verleiht ihr, ähnlich wie wir es bei den zwischenstaatlichen Kämpfen beobachten können, die Eigenschaft einer rechtschaffenden Gewalt. Gewiß, stets behaupten die,

welche eine Staatsumwälzung erstreben, ein höheres Recht zu ihren Taten zu besitzen. Solches Recht ist jedoch nun einmal noch nicht anerkannt, daher noch nicht Recht im Sinne einer bestehenden Ordnung, es gilt noch nicht. Gelte es bereits, so würde eben der Kampf in geordnete Bahnen gelenkt worden sein."

In der „Allgemeinen Staatslehre", Seite 342 heißt es: „In der überwiegend großen Zahl der Fälle beruht die Bildung neuer Staatsgewalten auf Vorgängen, die jede Möglichkeit rechtlicher Qualifikation von vornherein ausschließen. Offene Gewalt in den mannigfaltigsten Formen ist der häufigste Grund der Bildung und Auflösung der Staaten gewesen. Aber selbst da, wo die Entstehung eines Staates durch rechtliche Akte vorbereitet ist, fällt, wie früher nachgewiesen, der Vorgang der Entstehung selbst außerhalb des Rechtsgebietes. Nicht minder sind tiefgreifende Änderungen im Bau der Staaten durch Gewaltakte vollzogen worden, durch Revolution und Staatsstreiche."

Das Wichtige an diesen Aussprüchen ist das Leugnen jeder Möglichkeit rechtlicher Qualifikation. Und wenn in der Frankfurter Nationalversammlung von 1848 der Advokat Simon erklärte, die Revolution sei ihm eine „zum Recht gewordene Macht" und weiter ausführte: „Bisher hat das Recht die Geschichte geknebelt, jetzt ist die Geschichte einmal Herr geworden über das Recht," so wird auch in diesen Aussprüchen gesagt, daß die Revolutionsgewalt als solche in das Rechtsleben nicht einzugliedern sei.

Noch eine andere Erscheinung im Völkerleben findet bei Jellinek eine gleiche Behandlung hinsichtlich ihrer Eingliederung in die Rechtsordnung wie die Revolution: das ist der Krieg. Von ihm sagt Jellinek: „Man hat zwar auch versucht, die Kriegführung als Verwaltungstätigkeit hinzustellen, allein mit Unrecht, denn alle Verwaltung setzt die unbestrittene Herrschaft des Staates, sein unwiderstehlich wirkendes Imperium, das sichere Funktionieren seiner Rechtsordnung voraus. Der Krieg aber, wenn auch durch Völkerrecht einschränkbar, steht als solcher außerhalb einer jeden Rechtsordnung. Im Kriege steht des Staates Dasein auf dem Spiel, in der Verwaltung bewährt er sich als unerschütterliche Macht."

Mit mehr Erfahrung, als Georg Jellinek sie hatte, wird man heute über das Verhältnis von Krieg und Rechtsleben sprechen können. Soweit der Weltkrieg Machtentfaltung und Kraftaufwand war, spielte er sich zumeist außerhalb Deutschlands im Feindeslande

ab. Deshalb zeigten sich die aus der Energieentfaltung selbst entspringenden Wirkungen in den von unseren Heeren besetzten feindlichen Gebieten, während die im Heimatgebiete auftretenden Erscheinungen, nachdem einmal die große Front im Westen wie im Osten feststand, Reflexwirkungen waren. Wer den Krieg im Feindesland im Westen wie im Osten „juristisch" miterlebt hat, weiß, daß mit der Energieentfaltung und aus ihr heraus sich auch im Kriegsgebiet selbst Recht entwickelte.

Dazu ist noch zu bemerken:

Viele stehen, wenn von „Machtentfaltung", „Energieentwickelung", „Gewalt" und ähnlichen Dingen gesprochen wird, unter der Hemmung einiger Vorstellungen. Sie meinen, es sei alle Gewalt überwunden, es dürfe nur noch von Recht und nie mehr von Gewalt gesprochen werden. Darauf ist zu erwidern: Die Macht, von der nicht gesprochen werden darf, ist die das Recht verachtende Gewalt, denn diese Macht ist unsittlich. Aber der Antrieb, der auch seinerseits mit Gewalt, mit Macht gebieterisch zum Rechte zwingt, gehört zu den in jeder Sittenlehre zu respektierenden Kräften. Gleichgültig aber muß es sein, wann und wo dieser Antrieb auftritt und sich durchzusetzen sucht, ob im Kriege inter arma, oder zur Zeit einer Staatsumwälzung, oder zur Zeit einer sonstigen Energieentfaltung. Auch da, wo Gewalt herrscht, kann sich Rechtsleben entwickeln, insbesondere Normsetzung, welche die Gewalt selbst regelt. Wer anders denkt, ist in der Tat im schlechten Sinne des Wortes naturrechtlich beherrscht; er verwandelt, der veralteten „via rationis naturalis" folgend, Wahrheit in Unwahrheit. Selbst wenn er von dem religiösen Rechtsstandpunkt aus an diese Frage herantritt, muß er erzählen, daß, bevor es Licht ward, die Erde wüst und leer war. Auf das öffentliche Recht übertragen bedeutet dies, daß auch die Gewalten hier älter sind als die geschriebene Norm. Nie würde ein Amerikaner gestatten, daß aus seiner Konstitution das Wort „power" entfernt würde. Bereits im Akt I, Sektion I (legislative powers) findet es sich und auch sonst an vielen Stellen. Auch die Kriegsgewalt ist als War power dem Amerikaner wohlbekannt. Er hat ihn im Amerikanisch-Spanischen Kriege (auch in der Rechtsprechung) entfaltet und in diesem Kriege weiter entwickelt. Wer unfrei geworden ist und bei allem immer vor einer Mißbilligung seitens Wilsons zittert, der mag seine Furcht vor dem Begriff Gewalt mit den powers und dem War power der Amerikaner beschwichtigen.

Hinzugefügt sei noch, daß Wilson gar nicht vom power im allgemeinen gesprochen hat, sondern von dem „arbitrary power that can separately secretly, and of its single choice disturb the peace of the world".

Um das Verhältnis von Kriegsgewalt und Rechtsbildung zu klären, gehen wir von folgendem Normalfall aus:

Das Heer hat Feindesland besetzt. Der Gouverneur einer besetzten Stadt erläßt eine Verordnung in der Form einer Proklamation. Diese Proklamationen waren 1815 eine Spezialität Wellingtons. Auch wir haben diese Proklamationen als Verordnungen mit Strafandrohungen sowohl in früheren Kriegen wie im Weltkriege in nicht geringem Umfange angewandt, und sie werden auch jetzt wieder bei der unkriegerischen, aber kriegsmäßig aufgemachten Besetzung deutschen Gebietes durch die Entente benutzt.

Es soll nun angenommen werden, daß der deutsche Gouverneur in seiner Verordnung dekretiert:

„Zur Sicherung des Kriegszweckes und der Truppen bestimme ich:

Jeder Landeseinwohner hat binnen drei Tagen nach Bekanntmachung dieser Verordnung Waffen, die sich in seinem Besitze befinden, auf der Kommandantur abzuliefern. Wer die Ablieferung unterläßt, wird mit dem Tode bestraft."

Fragt man nun, ob diese Norm eine Rechtsnorm ist (und am liebsten würde ich diese Frage an Leonhard Nelson, „die Rechtswissenschaft ohne Recht" richten), so wird vielleicht geantwortet: „Eine Rechtsnorm ist allerdings stets ein Gebot (oder Verbot), niemals aber kann ein Befehl eine Rechtsnorm sein. Ein Befehl ist allemal eine Willensäußerung und daher nur als Handlung einer Intelligenz denkbar" . . . „Könnte ein Befehl der Grund von Rechten sein, so läge in der Tat der letzte Grund solcher Rechte in einem Faktum, nämlich in dem Faktum einer Willensäußerung. Dieses Faktum hätte dann wirklich ‚normative Kraft' und diese Kraft könnte es in der Tat nur vermöge der ‚Macht' ausüben, über die die befehlende Intelligenz verfügt. Was kann das für ein Gebot sein, das nur durch die Macht des Befehlenden gilt und das also nicht durch eine ihm selbst innewohnende Notwendigkeit, sondern nur vermöge der durch jene Macht mit seiner Erfüllung oder Verletzung verbundenen Folgen zur Befolgung nötigt? Ein solches Gebot ist ein hypo-

thetisches, aber kein kategorisches Gebot, d. h. es ist für die ihm Unterworfenen ein Gebot der Klugheit, aber keine Rechtsnorm."

So heißt es bei Leonhard Nelson in seiner Polemik gegen Jellinek („Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe," S. 113 ff.), der den letzten Grund des Rechtes in etwas Faktischem sucht, nämlich in der Gesellschaft.

Kehren wir jetzt zu unserer Proklamation (Verordnung) zurück. Sie ist erlassen „zur Sicherung des Kriegszweckes und der Truppen". Kann sie Rechtsnorm sein? Nelsons Verneinungsgrund kennen wir, er ist dem Gesichtspunkte der rechtlosen Quelle entnommen. Nun eine andere Lehre (Laband, Jellinek, Anschütz), die den Verneinungsgrund dem Zweck entnehmen wird. Nach ihr sind Rechtsnormen zum „Zwecke der Rechtsetzung erlassene Normen". Weiter gibt es auch eine normsetzende Tätigkeit, die nicht bezweckt, Recht zu schaffen, sondern die darauf abzielt, „in Ausübung einer der Verwaltung bereits zustehenden Befugnis motivierend auf physische Personen einzuwirken, und durch die Handlung denselben Verwaltungszweck zu erreichen" (Anschütz, kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatze und formellem Gesetz, S. 3, §§ 35, 55). Diese Normen werden im Gegensatz zu den Rechtsnormen als „Verwaltungsnormen" bezeichnet. Dieser Gedankengang ist auf die Proklamation des Gouverneurs anzuwenden, wenn man an Stelle des „Verwaltungszwecks" an den in der Verordnung hervorgehobenen Zweck („Sicherung des Kriegszweckes und der Truppen") denkt. Danach kann die Proklamation nicht Rechtsnorm genannt werden. Begnügen wir uns zunächst mit diesem negativen Ergebnis und kehren wir zur Verordnung zurück.

Nachdem die von dem Gouverneur gesetzte Frist von drei Tagen verstrichen ist, werden zwei Landeseinwohner von Militärpolizisten festgenommen. Bei dem einen hat man ein Dolchmesser gefunden, bei dem andern ein verrostetes Gewehr uralten Modells. Das Gewehr sei, so erklärt der Festgenommene, ein altes Familienandenken. Der Gouverneur ordnet gemäß § 4 der Kaiserlichen Verordnung II vom 28. Dezember 1899 das außerordentliche kriegsrechtliche Verfahren gegen jeden der beiden Beschuldigten an. Das Feldgericht tritt zusammen. Es prüft in beiden Fällen den Zweck der Verordnung, betrachtet die der Erreichung des Zweckes dienende Androhung der Todesstrafe, es erwägt in dem einen Falle, daß ein „Dolchmesser", in dem andern Falle, daß ein „verrostetes Gewehr uralten Modells" nicht zu den Waffen zu zählen sei, deren Nichtablieferung die An-

drohung der Todesstrafe rechtfertigen könnte. Es spricht demnach in beiden Fällen die Beschuldigten frei.

Rechtsnorm oder Nichtrechtsnorm? hatten wir gefragt. Die Verneinung der Frage hatten wir vernommen, und trotzdem sehen wir, wie die „Nichtrechtsnorm" die Grundlage einer Rechtshandlung wird, eines gerechten Urteils. Nehmen wir nun an, daß die Norm, die das Feldgericht untersucht hat, nicht in der Verordnung des Gouverneurs, sondern als allgemeiner Satz z. B. im Militärstrafgesetzbuch stände, und daß es in einem § 161a hieße:

„Ein Ausländer, welcher in einem von deutschen Truppen besetzten Gebiet der Verordnung eines dazu ermächtigten Befehlshabers zuwider es unterläßt, Waffen binnen der vom Befehlshaber bestimmten Frist abzuliefern, wird mit dem Tode bestraft."

Dann liegt im Sinne der Laband-Jellinek-Anschützschen Lehre zunächst einmal ein „formelles Gesetz" vor. Prozessual ergibt sich dann folgendes:

Im Feldgericht wird (§ 10 der Kaiserlichen Verordnung II vom 28. Dezember 1899) ein merkwürdiger Richtereid geleistet. Der Schöffe schwört, die Pflichten des Schöffen, der Offiziersrichter im Kriegsgericht die Pflichten eines Richters getreulich zu erfüllen; der Richter im Feldgericht schwört, daß er „der ihm übertragenen Richterpflicht eingedenk dergestalt rechtsprechen will, wie es nach seiner gewissenhaften Überzeugung der Sache gemäß ist". Es ist dies die schönste Formulierung des Richtereides. Dieser Eid hat in der so merkwürdigen Kaiserlichen Verordnung II eine besondere Bedeutung. Das Feldgericht hat nicht nur die in formellen Gesetzen enthaltenen Normen, sondern auch den „Kriegsgebrauch", zu dem insbesondere das Verordnungsrecht der Befehlshaber gehört, anzuwenden. Diesem Kriegsgebrauch steht es als Gericht freier gegenüber als dem formellen Gesetz. Beim formellen Gesetz hat es nicht das Prüfungsrecht aus der Natur der Sache wie beim Kriegsgebrauch, es nimmt nach der herrschenden Lehre den Obersatz des formellen Gesetzes hin, „als von einer über ihm stehenden Macht gegeben". Es schafft sich nicht den Obersatz, der Richter ist dem formellen Gesetz gegenüber auch im Feldgericht die „viva vox legis". Stände also ein der Verordnung des Gouverneurs gleicher Satz in dem fingierten § 161a des Militärstrafgesetzbuches, so würde sich die Tätigkeit des Richters ändern; „sie ist wie jeder logische Schluß vom Willen unabhängig, es besteht keine Freiheit der Entschließung, ob die Folgerung eintreten soll oder nicht; sie ergibt sich

— wie man sagt — von selbst mit innerer Notwendigkeit" (Laband). Das Feldgericht darf also nicht wie beim Kriegsgebrauch (insbesondere beim Verordnungsrecht der Befehlshaber) den Zweck der Norm und die Zweckdienlichkeit der angedrohten Strafe prüfen, sondern es hat nur zu prüfen, ob das Dolchmesser oder das verrostete Gewehr eine Waffe im Sinne des (fingierten) § 161a des Militärstrafgesetzbuches ist. Bejaht es diese Frage, so tritt als Folge die Verurteilung zur Todesstrafe ein, eine Folge, die nur im Gnadenwege beseitigt werden kann. Fragt man hier nach der Idee des Rechts, so kann sie in der Norm nicht liegen, denn es war gerade die Art der Strafandrohung in der Rechtsnorm das Unrecht. Die Idee des Rechts ist hier in der Tat ausgeschaltet; der normensetzende Wille des Gesetzgebers, der vom Willen unabhängige logische Schluß des Richters, das sind die beiden Momente, zwischen denen sich alles abspielt. Aber selbst wenn man das Unrecht ausschaltet, das in der grundsätzlichen Formulierung der Todesstrafe liegt, und eine mildere Strafandrohung wählt, so bleibt noch immer eine Frage zu beantworten: Liegt ein Gesetz im materiellen Sinne, eine Rechtsnorm vor?

Man denkt bei der Rechtsetzung an die Regelung des Gemeinschaftslebens, man hat die Rechtsverfassung „den sanktionierten Friedenszustand der menschlichen Gesellschaft" genannt und das Recht eine soziale Funktion, das die menschliche Gesellschaft zur Voraussetzung hat. Und in diesem Zusammenhang ist mit Recht gesagt worden: „Was kann auf diesem Gebiet der Feind und der Untertan des feindlichen Staates wohl mit uns gemein haben? Weder können noch wollen wir ihm Machtsphären durch Rechtssätze anweisen." Stände also wirklich der Inhalt der Verordnung des Gouverneurs als § 161a im Militärstrafgesetzbuch, so würde ein merkwürdiges Stück Gemeinschaftsordnung geschaffen sein, diese Gemeinschaftsordnung mit denjenigen, die nichts mit uns gemein haben wollen, deren Feinde wir sind im Gegensatz zu ihren heimatlichen Rechtsgenossen. Die Norm bliebe trotz korrekter Rechtsquelle und trotz korrekter Strafandrohung materiell immer Kriegszwecknorm. Was sich aber aus dem Gedankengange der Rechtsnormenlehre verwenden ließe, wäre die Garantiefunktion des Rechtssatzes; Binding hat dies gelegentlich in die Worte gekleidet: „Auch haben die sündigen Ausländer ein Recht gegen das Reich und seine Organe, nach Maßgabe der Paragraphen ... behandelt zu werden. Dieses Recht hat das Reich ihnen gegeben." Das zwingt die Kriegszwecknorm in das

positive Recht hinein und schließt gleichzeitig den gleichen Tatbestand vom Kriegsgebrauch (Verordnungsrecht der Befehlshaber) aus, obwohl es der Gerechtigkeit und in diesem Sinne dem Recht weit dienlicher wäre, wenn sie im Kriegsgebrauch stände, da sie dann vom Feldgericht so anzuwenden wäre, „wie es nach der gewissenhaften Überzeugung der Richter der Sache gemäß" ist. Dazu würde Binding aber weiter sagen: „Nichts widerstrebt dem Recht mehr, als eine Behandlung von Fall zu Fall." So wird also die materielle Kriegszwecknorm wegen ihrer formellen Placierung zur materiellen Rechtsnorm befördert. Mit dem Platz im formellen Gesetze erwirbt sie Rechte aus den Rechtsgarantien, das führt zu Willensnomierungen und so kommen wir zum Rechtssatze.

Bei diesen Erörterungen haben wir die Träger der Revolutionsgewalt nicht aus dem Auge verloren. Wir sagten einleitend: Können die Träger der Revolutionsgewalt die gesetzgebende Gewalt ausüben? „Gesetzgebende Gewalt" ist ein aus der Lehre von der Gewalterteilung in das konstitutionelle Staatsrecht übernommener technischer Begriff. Es ist die Legislative, die rechtsetzende Gewalt, d. h. die Gewalt, welche rechtsverbindlich Rechtssätze anordnen kann (vgl. Anschütz, Otto Mayer, Laband, Jellinek). Was sind nun Rechtssätze? Wir haben soeben die wundersame „materielle" Wandlung beobachtet, die eine ihrem Wesen nach der Kriegsnotwendigkeit entnommene Norm durchmachen kann, und wir glauben gerade, weil doch nun einmal beide, Revolutionsgewalt wie Kriegsgewalt, als rechtlose Quellen gelten, das Exemplifizieren an Erscheinungen innerhalb des Kriegslebens fortsetzen zu dürfen. Die Legitimität des Satzes: „Bei der kriegerischen Besetzung kann der Kommandoführer zur Sicherung des Kriegszweckes und der Truppen Verordnungen mit Strafandrohungen erlassen" wird zunächst wegen der Rechtlosigkeit der Quelle bestritten. Wir wollen die Quellenfrage noch ausgeschaltet lassen und folgende Sätze betrachten:

1. Nicht jeder Befehlshaber, sondern nur bestimmte höhere Befehlshaber sind Träger des Verordnungsrechts zur Sicherung des Kriegszweckes.
2. Zur Rechtsgültigkeit der Verordnung ist die Angabe von Ort und Zeit des Erlasses sowie die eigenhändige Unterschrift des zuständigen Befehlshabers erforderlich und ausreichend.
3. Gesetzlich festgelegte Tatbestände dürfen nicht den Inhalt der Verordnungen bilden.

4. Als Strafandrohungen sind nur die Strafen der deutschen Strafgesetze zulässig.
5. Deutsche Soldaten sind dem Verordnungsrecht der Befehlshaber nicht unterworfen.
6. Kriegsgefangene sind dem Verordnungsrecht der Befehlshaber unterworfen usw.

Wir sehen, daß die Verordnung selbst, wie sie der Gouverneur erließ, insbesondere wegen ihres Zweckes, nicht als Rechtsnorm galt. Die eben angeführten Sätze mußten wohl überall als „die Summe von Rechtsnormen bezeichnet werden, welche das Verordnungsrecht (zur Sicherung des Kriegszwecks und der Truppen) regeln." Hatten wir vorhin im gerechten Urteil einen Rechtsakt gefunden, der Recht schaffte im Sinne der Gerechtigkeit, so sehen wir hier eine Anzahl von Regeln auftauchen, die wiederum nach der herrschenden Ansicht in das Rechtsleben gehören, obwohl die eigentliche Quelle, die Kriegs-„gewalt", doch nun einmal zu den „Rechtlosen" gehört. Die Einwendungen, die nun vorgebracht werden, gehören in die Quellenlehre. Man entdeckt plötzlich purgierende Rechtsquellen. Die einen sagen: „Tatsächliche Übung". Die Übung tritt hervor; die Überzeugung der Übenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Überzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts." Das trifft den Fall nicht. Diese Rechtssätze wurden von Einzelnen gefunden und dann erkannt. Das ist nicht „Übung" im Sinne des Gewohnheitsrechts (trotz der vorhandenen opinio iuris). Der Hinweis auf das Gewohnheitsrecht versagt. Die andern verweisen auf Art. 43 der Haager Landkriegsordnung. „Die Ermächtigung zum Erlaß von Verordnungen unter Strafandrohung gründet sich auf die militärische Gewalt, die nach Art. 43 der Haager Landkriegsordnung im besetzten feindlichen Gebiete die gesamte Staatsgewalt in sich aufnimmt, so daß auch neue Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft erlassen werden können." Und in Art. 43 der Landkriegsordnung heißt es:

„L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer autant que possible, l'ordre de la vie publique en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays."

Danach hat der Okkupant, „nachdem die gesetzmäßige Gewalt tatsächlich in seine Hände übergegangen ist, alle ihm zu Gebote stehenden Maßnahmen zu treffen, nun nach Möglichkeit die öffentliche Ordnung und Sicherheit wiederherzustellen und aufrecht zu erhalten, und zwar unter Berücksichtigung der Landesgesetze, sofern keine unüberwindlichen Hindernisse entgegenstehen."

So wird die Verordnung des Gouverneurs völkerrechtliche „Verordnung mit Gesetzeskraft", und es ist die Okkupationsgewalt im Sinne der „auf völkerrechtlicher Grundlage ruhenden, deutschen (militärischen) Staatsgewalt im Auslande" als die hier in Frage kommende Rechtsquelle bezeichnet worden (Erich Kaufmann, Brüssel 1915). Daß diese Ansicht irrig war, hat die weitere Rechtsentwicklung im Kriege gezeigt. Im Jahre 1916 war man sich, nachdem die Besetzung des östlichen Gebietes ein Jahr gedauert hatte, darüber klar, daß die „zur Sicherung des Kriegszwecks und der Truppen" geübten Verordnungen von den „für die Verwaltung feindlichen Gebietes" erlassenen zu unterscheiden seien. Man sagte: „Die Kommandogewalt wurzelt von unserm Standpunkte aus auf Inlands-, die Okkupationsgewalt auf Auslandsgrund. Die Kommandogewalt ist das Kriegsimperium, das die bewaffnete Macht in das fremde Gebiet hineinträgt und das ihr zur Sicherung des Kriegszweckes und der Truppen dient; die Okkupationsgewalt ist das Imperium, welches in dem fremden Gebiete die Gemeinschaft der dort lebenden Menschen als Staatsgewalt beherrscht und der Verwaltung des feindlichen Gebietes dient." Und die Allerhöchste Verordnung vom 22. 11. 1916 (AVBl. 1916 S. 514/515) führte unter A „Verordnungen und Verfügungen für die Verwaltung feindlichen Gebietes", unter B „Verordnungen mit Strafandrohung zur Sicherung des Kriegszwecks und der Truppen" an. Und charakteristisch ist (weil es wieder an die Verordnungen mit Gesetzeskraft unserer Revolutionszeit erinnert), daß die Verordnungen kraft Okkupationsgewalt als „Rechtsverordnungen (Gesetze)" bezeichnet werden. Hier sah man eine (völkerrechtlich bestehende, landesrechtlich rezipierte) Quelle und daher sprach man von „Rechtsverordnungen".

Bei den Verordnungen kraft Kriegsgewalt hat man sich bescheiden müssen. Man hat sie nie Rechtsverordnungen genannt. Man sah die Rechtsfindung durch die Feldgerichte, die Entwicklung von Rechtssätzen aus tatsächlicher Übung, aus offiziellen Meinungsäußerungen, die von der Praxis angenommen wurden, aus Urteilen

des Reichsmilitärgerichts und aus den bei den Tagungen der Militärjustizbeamten gefaßten Beschlüssen. Aber die Quelle wurde nicht rechtsfähig. Einige sprachen von Vernunft, andere sprachen von Kriegsmacht, Kommandogewalt und ähnlichem, vom Kriegsgebrauch, von Notrechten. Laband sagte: „Das ‚legislatorische' Motiv, auf welchem die Anordnungen beruhen, ist einzig allein das Interesse der Kriegführung; sie sind selbst ein Teil der Kriegführung. Nicht ein wirtschaftliches Bedürfnis, nicht ein ethischer Grundsatz, nicht das Rechtsbewußtsein, sondern nur die Zweckmäßigkeit ist für ihren Erlaß, ihren Inhalt und ihre Ausführung maßgebend. Auf diesem Gebiete kann daher von dem Legalitätsprinzip nicht die Rede sein. Es gibt daher zwei Möglichkeiten nebeneinander: eine gesetzlich gebundene und eine gesetzfreie." Der Mutigste unter den vielen Juristen, die sich zu dieser Frage äußerten, war Wilhelm Kahl. Er schrieb:

„Für die grundsätzlich richtige Stellungnahme zu dem ganzen Problem sind m. E. nicht in erster Linie technisch-juristische Gesichtspunkte der Strafrechts- und Strafprozeßtheorie entscheidend, sondern unter und neben den Grundbestimmungen der Reichsverfassung vielmehr die überall aus dem Wesen und der Vernunft der Sachen sich ergebenden Notwendigkeiten. Wir leben nicht in einer Zeit und unter Verhältnissen, die sich nach juristischen Formeln meistern lassen. Gerade der Jurist muß die Höhe dieses Standpunktes suchen und festhalten, weil er andernfalls dazu gedrängt würde, das Recht in den Dienst des Unvernünftigen nehmen zu müssen. Es wäre vernunftgemäß nicht möglich, bei der Verhältnisbestimmung der beiden genannten Rechtsquellen von der aprioristischen Voraussetzung auszugehen, das Militärstrafgesetzbuch habe gewollt und bezweckt, den gesamten Apparat der in einem Kriegsfall auf einem Kriegsschauplatz erforderlichen Normen und Formen von Strafgewalt erschöpfend zu regeln. Es wäre dieses deshalb wider die Vernunft der Dinge, weil der Krieg selbst kein Vorgang ist, der sich nach Rechtsregeln vollzieht, weil er vielmehr von Schritt zu Schritt, von Tag zu Tag vor neuen Situationen steht, deren Tatbestände nicht berechenbar und vorgreiflich unter bestimmten Rechtsnormen subsumiert werden können, weil endlich das höchste Gebot des Krieges, Rettung des Staates durch Niederzwingen des Feindes um jeden Preis, nicht durch gesetzliche Gebundenheit, sondern nur durch zweckgemäß wirksame Freiheit

des Handelns erfüllt werden kann. Daraus ergibt sich schon von schlicht naturrechtlicher Betrachtungsweise aus, daß es für den Kriegsfall neben dem Jus commune (im Sinne des regelmäßigen Rechtes) ein Jus singulare, ein regelwidriges Recht geben, d. h. daß eine originär und selbständig fließende Machtquelle vorhanden sein muß, die eine der Kriegstatsache entsprechende Sonderrechtsordnung aufzurichten und durchzuführen den Beruf und die Kraft hat. Diesem Naturrechtsbedürfnis des Krieges entspricht nun auch unser positives Recht."

Das war die Lehre des Krieges: das Bekenntnis, daß nicht alles dem positiven Rechte zu entnehmen sei, daß die aus dem Wesen und der Vernunft der Sache sich ergebenden Notwendigkeiten zu prüfen seien, und das mutige Wort von der schlicht naturrechtlichen Betrachtungsweise. „Rechtswissenschaft ohne Recht", hören wir wieder Leonard Nelson sagen und hören ihn weiter, nachdem er auf 208 Seiten Juristen, wie u. a. Jellinek, Franz von Liszt, Max Huber, Kohler, Radbruch, Erich Kaufmann, Anschütz, Stengel, Zitelmann, Heilborn, Binder, immer erneut vorgeworfen hat, daß sie die Idee des Rechts verloren haben, einen einzigen preisen, bei dem er die Restitution des Rechtsbegriffes findet, das ist Ludwig von Bar, dessen Andenken er sein Werk gewidmet hat. Und ihn preist er, weil er auf den wahren Grundsatz des Völkerrechts hingewiesen habe, mit folgenden Worten: „Diesen Grundsatz schöpft er aus der Vernunft, und um ihn zu charakterisieren, scheut er sich nicht, den Ausdruck „Naturrecht" und sich damit den Anfeindungen auszusetzen, zu denen dies Wort von jeher eine Handhabe geboten hat. Wer sich freilich die Mühe nimmt, sich, statt bloß an Worte, an den von Bar damit verbundenen klaren Gedanken zu halten, der kann nicht verkennen, daß Bar aus den Umständen ‚der Natur der Sache', wie er es nennt, nicht sowohl den Begriff des Rechtes schöpft, als vielmehr die Bedingungen, um den Begriff des Rechts überhaupt anzuwenden. Das ‚Naturrecht' ist ihm als Quelle des Völkerrechts im höchsten Grade ‚fruchtbar', insofern ‚als die vernünftige Erwägung der Natur der Sache' dazu führt, ‚eine höhere Idee', ‚ein Recht, das in seinen Grundlagen der Willkür entrückt ist', zum Prinzip des friedlichen Verkehrs zwischen Menschenvereinigungen, die keiner höheren sichtbaren Macht unterworfen sind, zu erheben." Und charakteristisch ist, daß von Liszt (Juristische Wochenschrift vom 2. Dezember

1918, S. 754 ff.) Nelson für seine schonungslose Kritik dankt, ihn darauf hinweist, daß er „das Risorgimento" der katholischen Rechtslehrer übersehen habe, die von der Kommission für christliches Völkerrecht (1917) herausgegebenen Schriften Mausbachs „Naturrecht und Völkerrecht", und seinerseits hervorhebt: „Wir andern haben das Problem des richtigen Rechts auf allen Rechtsgebieten, auch auf dem des Völkerrechts, gestellt und nach unsern Kräften zu lösen versucht. Ich bin sogar der Überzeugung, daß niemals zuvor die Sehnsucht nach einem solchen ‚objektiven', von Gewalt wie von Anerkennung unabhängigen Recht so allgemein verbreitet und so tief eingewurzelt gewesen ist wie in den letzten Friedensjahren." Und bei dem Problem des „Richtigen Rechts" sei hier eine persönliche Erinnerung erlaubt. Als ich mein Doktorexamen gemacht hatte, unterhielten sich die Mitglieder der Fakultät bei dem üblichen Dekanatsessen über Stammlers „Richtiges Recht" und ein hochberühmter Romanist äußerte dazu: „Ich kann mich damit nicht befreunden; das ist Naturrecht."

Daß die naturrechtlichen Gedankengänge, wie Kahl sie aus der Natur des Krieges entwickelt hat, uns mit Leichtigkeit zur Revolutionsgewalt hinüberführen würden, leuchtet ein. Und wenn wir uns vordem dennoch einmal vom Wege in ein Gestrüpp begeben wollen; so bedarf diese Beschwerung der Arbeit einer Begründung: Der deutsche Jurist ist positivistisch erzogen. Er kennt sein geschriebenes Recht, seine Gesetze, die Kommentare und die Entscheidungen. Zumeist kennt er nur das Privatrecht, denn das ist seine Schulung gewesen. Die französischen Juristen stehen ihm geistig nahe, auch in der Art ihrer Vorbildung ähneln sie ihm, abgesehen davon, daß sie eine bessere volkswirtschaftliche und eine ungleich bessere politische Vorbildung aufzuweisen pflegen. Wesensfremd ist ihm aber die Mentalität der ang'oamerikanischen Juristen. Und gerade ihnen gegenüber hat unser Positivismus im Kriege seine Schwächen gezeigt. Bei uns das Schöpfen aus dem positiven Rechte, die Verehrung der Kodifikation, die Bindung des Richters, und bei den Feinden die geringe Wertung geschriebenen Rechtes, das Schöpfen von Argumenten aus der Vernunft und der Natur der Sache, die freie Stellung des Richters und die Verehrung vor dem Richterspruch. Am 4. August 1914 begann die Katastrophe des deutschen Rechtes mit Bethmann Hollwegs Zugeständnis von dem Unrecht, das wir begangen. War das nicht Unrecht, wird darauf gefragt, heißt es nicht: Pacta sunt servanda?

Es war Unrecht in dem Momente, als der Reichskanzler zugab, das Einrücken in Belgien als Unrecht zu empfinden. Er gab das zu, weil seine Räte oder Direktoren wohl „keine Muße" gefunden hatten, sich schon im Frieden mit der völkerrechtlichen „Clausula rebus sic stantibus" zu beschäftigen. Das stand in keinem Text, wohl aber in einigen recht schwer geschriebenen rechtsphilosophischen Schriften. Man mag über Erich Kaufmanns Schrift „Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus" denken wie man will, die Tatsache, daß er ein vorzüglich zusammengestelltes Material über das Thema bringt, ist nicht zu bestreiten, und billigte man nicht Kaufmann, so hätte man Bruno Schmidt verwenden können. Aber in Wahrheit lag die Sache so: Obwohl jeder fühlte, daß die clausula hier materiell begründet war, für den Juristen der positiven Schule gibt es solches „Zeug" nicht. Lieber ruhig Unrecht eingestehen, als sich mit „Sophistereien" herausreden. Dabei gingen sehr ernste aus der Natur der Sache und der Vernunft geschöpfte Argumente verloren. Aber damit kann man alles beweisen, wird uns entgegengehalten. Gewiß. Aber richtig ist auch folgendes: Mit dem Zugeständnis des Unrechts kann man nicht alles beweisen, sondern nur eins beweisen, nämlich, daß man unrecht hat. Als man dann die Muße gefunden hatte, aus der Natur der Registraturen heraus Urkunden zu finden, wollte man wieder dartun, daß man zu Unrecht Unrecht eingestanden habe. Da hatte man glücklich etwas Positives, ein Beweisinstrument. Daß es Völkerrecht „überhaupt nicht gebe", war in dem ersten Kriegsjahre gemeinsame Rechtsüberzeugung fast aller Juristen. Als man dann anfing, die Haager Landkriegsordnung anzuwenden, behandelte man sie wie ein paragraphiertes Gesetz, man verstand nicht, daß die Haager Landkriegsordnung Recht voraussetzt, daß sie Kriegsgebrauch bestätigen will; man wollte aber mit dem ius scriptum arbeiten. Unklarheiten suchte man durch Hinweise auf die Entstehungsgeschichte zu beseitigen. Daß die Haager Landkriegsordnung auch von Völkern benutzt wird, deren Rechtsleben der Begriff des kodifizierten Rechts fremd ist, war für den positivistischen deutschen Standpunkt gleichgültig. An das Argumentieren aus der Natur der Sache sind wir nicht gewöhnt. Gewissen Angriffen gegenüber sind wir infolgedessen wehrlos. Wenn Lloyd George die Frage erörtert, ob das deutsche Volk verantwortlich zu machen sei, dann halten wir den ganzen Gedankengang für so dolos, daß wir uns gar nicht äußern. Wenn es sich um die Auslieferung Wilhelms des Zweiten handelt,

dann fangen wir an Paragraphen abzuschreiben, während der Engländer den Hugo Grotius zitiert. Verteidigungen lassen sich dem naturrechtlich arbeitenden Gegner gegenüber nur aus dem Naturrecht führen am besten aus den Worten und Schriften der Engländer selbst, insbesondere aus ihrer Judikatur, und wenn der Jurist es nicht allein schaffen kann, dann muß er Philosophen, Historiker und Theologen hinzuziehen.

Bei zahlreichen im Kriege geführten völkerrechtlichen Diskussionen läßt sich nachweisen, daß immer eine Hilflosigkeit bei uns einsetzt, sowie auf der Gegenseite die naturrechtliche Argumentation beginnt. Nur ein Gebiet sei noch erwähnt, weil auf ihm deutsche und englische Rechtsmethode sich fast als Konkurrenten gegenüber stehen und weil seine Betrachtung unsere Stellungnahme zur Revolutionsgewalt erleichtern wird. Es ist die Prisengerichtsbarkeit. Zunächst etwas „rein Äußerliches". Die Engländer haben sowohl die Entscheidungen des Prisengerichts wie die des Berufungsgerichts, das Privy council grundsätzlich veröffentlicht. Bei uns herrscht der entgegengesetzte Grundsatz. Wir finden einige Veröffentlichungen, Teilstücke von Urteilen in juristischen Zeitschriften (insbesondere in der „Leipziger Zeitschrift"), aber mit der amtlichen Veröffentlichung hat man bis jetzt gewartet (wahrscheinlich aus politischen Gründen, was bei Rechtssprüchen überhaupt nicht erwogen werden sollte). Dann etwas Materielles. Der Deutsche führt aus: „Die Prisengerichte sind nationale Gerichte. Sie sind von ihrem Staate eingesetzt, um festzustellen, ob dessen den Seekrieg führende Organe diejenigen Normen, an die sie sich nach ihren Instruktionen halten sollen, beobachtet haben oder nicht, und um die hiernach gebotenen Folgerungen auszusprechen. Aus dieser ihrer Zweckbestimmung ergibt sich, daß sie nach dem von ihrem Staate gesetzten Rechte zu urteilen haben, gleichviel ob es mit bestehenden völkerrechtlichen Sätzen übereinstimmt oder nicht. Ob dies der Fall ist, hierüber zu urteilen, ist nicht Sache des Prisengerichts, sondern des kriegführenden Staates, der allein den anderen Staaten hierfür verantwortlich ist. Die in der älteren Literatur stellenweise vertretene Auffassung, daß die Prisengerichte internationales Recht anzuwenden hätten, auch dann, wenn es nicht Bestandteil ihres nationalen Rechtes geworden sei, ist also grundsätzlich abzulehnen." (Vgl. Grotius; Annuaire international pour l'année 1917. Darin S. 50ff. „La jurisprudence des Prises et le droit des gens" von J. H. W. Verzijl). Und sofort fügt Verzijl, der Holländer ist,

hinzu (S. 53): Also: Iudex servus legis, gleichgültig, ob das nationale Recht dem Rechtsempfinden der Nation widerspricht ...., gleichgültig, ob das nationale Recht dem Völkerrecht widerspricht. In den alten preußischen Bestimmungen über das Verfahren in Prisensachen (Ges.-Sammlung 1864, S. 369 ff., 381, § 29) war noch zu lesen, daß in Ansehung der rechtlichen Entscheidungsnormen die erlassenen prisenrechtlichen Vorschriften gelten sollten, „in deren Ermangelung die sonstigen völkerrechtlichen Grundsätze, unbeschadet der Berücksichtigung der mit neutralen Staaten abgeschlossenen Verträge und unbeschadet der Anwendung der Retorsion in den dazu geeigneten Fällen." In diesem Krieg galt materiell die Prisenordnung vom 30. September 1909 (RGBl. S. 275) und die zu ihr ergangenen Verordnungen betr. Abänderung, deren typische Einleitung lautete: „In weiterer Vergeltung der von England und seinen Verbündeten abweichend von der Londoner Erklärung über das Seekriegsrecht vom 26. Februar 1909 erlassenen Bestimmungen genehmige Ich die nachstehenden Abänderungen zur Prisenordnung vom 30. September 1909 usw. (vgl. RGBl. 1917 S. 631)." Iudex servus legis. Im feldgerichtlichen Verfahren stand, wie wir vorhin sahen, das Gericht auf dem Gebiete des Kriegsgebrauchs frei da. Die Prisenrichter schwören, die Pflichten eines Prisenrichters getreulich zu erfüllen (vgl. Prisengerichtsordnung vom 15. November 1911, RGBl. 1914 S. 301). Und hinter dem Ganzen steht dann in Wahrheit wieder das, was Kahl als die naturrechtlich zu ergründende Quelle bezeichnete, nämlich die Kriegsnotwendigkeit, das Kriegsimperium, die Kommandogewalt, oder wie man es nennen will. Und diese „Quelle" fordert im Namen des Rechts immer eine zweite Freiheit, nämlich die Freiheit der richterlichen Entscheidung.

Iudex servus legis! Wo eine naturrechtliche Quelle fließt, muß der Richter „der ihm übertragenen Richterpflicht eingedenk dergestalt Recht sprechen können, wie es nach seiner gewissenhaften Überzeugung der Sache gemäß ist". Was nützte es, wenn im Kaiserlichen Oberprisengericht zu Berlin große Juristen mitsaßen wie u. a. Dr. Simons. Der Grundsatz stand fest, daß die Prisenordnung mit ihren Ergänzungen „die vom Kaiser als Inhaber der obersten Kommandogewalt innerhalb seiner reichsrechtlichen Zuständigkeit festgestellten Grundsätze für die zur Seekriegsführung gehörende Ausübung des Prisenrechts enthalte und daher die in erster Linie maßgebende Norm nicht nur für die Kriegsmarine

bilde, sondern, soweit die Rechtmäßigkeit prisenrechtlicher Handlungen der Seebefehlshaber in Frage stehe, auch für die hierüber entscheidenden inländischen Behörden, insbesondere die Prisengerichte" (Oberprisengericht 18. Mai 1915 in Sachen „Elida", Leipziger Zeitschrift, 1915, S. 1166).

Und als dann wenige Monate später (Juli 1915) in Sachen „Glitra" das Oberprisengericht die Entschädigungspflicht für das mit dem feindlichen Schiffe zerstörte neutrale Gut verneinte, da mußte erst eine Äußerung des positiven Rechts (Nr. 114 der Prisenordnung) als für das Recht nicht anwendbar abgelehnt werden (Nr. 114 war nur Befehl an die Schiffskommandanten, in ihr spricht „nur der oberste Kriegsherr nicht der Gesetzgeber", sie wollte nicht „materielles Recht" geben), und die gefundene Lücke wurde völkerrechtlich gefüllt „durch Zurückgehen auf die allgemeinsten Rechtsgrundsätze in Verbindung mit den Normen des allgemeinen Kriegsrechts", und wie heißt dieser allgemeine Satz: „Was die Kriegslage fordert, muß geschehen dürfen ohne Rücksicht darauf, daß sich neutrales Gut im Schiff befindet" (Leipziger Zeitschrift 1915, S. 1389). Zu der Begründung des ius necessitatis war es nötig, so oft vom positiven Recht, vom „Gesetzgeber", Rechtsgrundsätzen usw. zu sprechen. Dabei lag der Fehler lediglich in der Methode. Die Entscheidung in Sachen Glitra war materiell richtig. Der Kult des Erkennbaren, der aus dem Positivismus erwachsen ist, verhinderte das Oberprisengericht an den völkerrechtlichen Grundsatz sofort heranzutreten. Dagegen war es eine juristische Großtat, als das Reichsmilitärgericht durch seinen Plenarbeschluß vom 9. Februar 1916 (Bd. 20, S. 118ff.) das Völkerrecht in das Recht einsetzte, indem es bezüglich des Begriffs „Kriegsgefangenschaft" (§ 158 MilStrGB. und § 1 Ziff. 8 MilStrGO.) aussprach, „es handele sich nicht um einen vorwiegend strafrechtlichen, sondern um einen auf den Grundsätzen des Kriegsrechts beruhenden, also völkerrechtlichen Begriff, welcher der Wandlung und Fortbildung des Völkerrechts unterworfen ist und sich heute nach der Anlage zum Haager Abkommen, betr. die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges vom 19. Oktober 1917, der sog. Landkriegsordnung, bestimmt". Wenn ein Gerichtshof es abgelehnt hat, den Richter als „iudex servus legis" zu betrachten, so ist es das Reichsmilitärgericht gewesen. Nicht zu bestreiten ist, daß auch die Feldgerichte aus der zunächst so roh auftretenden Kriegsgewalt heraus, vielleicht unter dem Einfluß der großen, aus Amerika

stammenden völkerrechtlichen Bewegung die Wege zur Idee des Rechts in gerechter sachgemäßer Anwendung der Normen fanden.

Am 29. und 30. September 1916 fand in Brüssel ein Juristentag statt, bei dem in Form von Einzelvorträgen über die völkerrechtlichen Erfahrungen im Generalgouvernement Belgien berichtet wurde, vornehmlich unter Zugrundelegung der Haager Landkriegsordnung (3. Abschnitt). Über diese Tagung schrieb der Völkerrechtslehrer Geheimer Justizrat Professor Dr. von Liszt:

„In den besetzten feindlichen Gebieten können wir den Kräften, die das Völkerrecht bauen, bei ihrer schöpferischen Arbeit unmittelbar zusehen. Hier sitzen wir am sausenden Webstuhl der Zeit . . . Daß auf alle . . . Fragen die Landkriegsordnung keine Antwort gibt, wird niemand wundernehmen . . . Die . . . Lücken auszufüllen aus dem Geist der Landkriegsordnung heraus, die militärischen Interessen des Deutschen Reichs überall zu wahren, dabei aber die Interessen des belgischen Volkes nicht nur möglichst zu schonen, sondern mit allen Mitteln einer guten Verwaltung zu fördern, das ist die unendlich schwierige Aufgabe, die unsere militärische Gewalt in Belgien zu lösen berufen ist . . . Aber eins habe ich noch zu betonen. Alle Handlungen unserer Verwaltung entspringen der Überzeugung, daß sie dem zwischen den Völkern geltenden Recht entsprechen. Es sind Akte nicht der Willkür, sondern der Rechtsübung. Und darum sind sie Bausteine für den Ausbau des Völkerrechts . . . Niemals zuvor ist mir die Lebenskraft des Völkerrechts so greifbar entgegengetreten wie in Brüssel; niemals hat sich eine solche überreiche Fülle von lehrreichem Stoff vor mir ausgebreitet wie in jenen zu schnell verstrichenen beiden Tagen; niemals habe ich aber auch eine so meisterhafte Beherrschung des Stoffes gefunden wie bei den Männern der Verwaltung, die in Brüssel an unseren Verhandlungen teilgenommen haben."

Wird in diesen Ausführungen auch nicht klar zwischen Kommandogewalt und Okkupationsgewalt unterschieden, so zeigen die Darlegungen von Liszts doch, als wie bedeutsam die unter der Kriegsgewalt sich vollziehende Rechtsentwickelung empfunden wurde. Gewiß wurde es im Anfang des Krieges anders gehandhabt als im Jahre 1916, aber das zeigt nur, daß eine Rechtsentwickelung eingetreten war und beweist nicht, daß es im Anfang kein Recht gab. Das Kriegsrecht des Jahres 1914 war Recht, wenn auch ein weniger richtiges als das der Jahre 1916 ff.

Unsere Feinde haben diese Entwickelung nicht verstanden und sie sagen jetzt um ihr Rachebedürfnis zu verbergen, es sei eine Forderung der Gerechtigkeit, nunmehr gelegentlich ihrer Besetzung bei dem Standpunkt wieder anzufangen, den wir im Laufe der vier Kriegsjahre längst verlassen haben.

Hier wird mir der Leser einwerfen, daß ich die Revolutionsgewalt endgültig aus dem Auge verloren habe und mich in juristischen Kriegserinnerungen ergehe. Dem muß ich widersprechen. Wir gingen von Jellinek aus, der Krieg und Revolution gleichstellt, sie beide als etwas rein Tatsächliches, dem Juristischen Entzogenes behandelt. Wir haben an Beispielen zu zeigen versucht, wie sich die Rechtsidee im Kriege äußert, wie die naturrechtliche Erfassung der Quelle zur Erkenntnis der rechtsschöpferischen Evolution im Landkriege führt und wie wiederum die positivistische Bewertung der Quelle im Seekriegsrecht die Entwickelung verhindert. Dabei wurde immer zweierlei ins Auge gefaßt, die Norm selbst und ihre Anwendung durch Richterspruch. Wir mußten mit den in der Sprache der staatsrechtlichen Doktrin üblichen Begriffen arbeiten und lernten Nelsons allgemeine Kritik kennen. Wir sahen immer von neuem naturrechtliche Ideen auftauchen und sind noch im Begriffe zu zeigen, daß diesen naturrechtlichen Gedankengängen eine größere Bedeutung innewohnt als der in Verachtung des Naturrechts erzogene Deutsche anzunehmen geneigt ist. Wir haben alle diese Momente, da wir mit den Begriffen unserer staatsrechtlichen Doktrin hinsichtlich der Norm wie hinsichtlich der Quelle arbeiteten, gewissermaßen zufällig gefunden, aus dem Tatsachenmaterial heraus, und wollten nun dieses Tatsachenmaterial noch durch etwas ergänzen, nämlich durch Betrachtung der englischen Prisengerichtsbarkeit, die wir der deutschen gegenüberzustellen beabsichtigten. Der große englische Prisenrichter erster Instanz war der vor kurzem verstorbene Sir Samuel Evans, in zweiter Instanz wurde vor dem „Judicial Committee of the Privy Council" verhandelt. (Publiziert sind die Entscheidungen sowohl in Lloyd's Reports of Prize Cases wie in The Law Times Reports. Außerdem finden sich im Grotius Annuaire 1916 und 1917 Entscheidungen.) Der Fall, dem wir die englischen Grundsätze entnehmen, führt den Namen „The Zamora" (The Law Times, 1916, Bd. 114, S. 627 ff).

Das „Zamora"-Urteil ist im Frühling 1916 gefällt worden, es erscheint also nicht ausgeschlossen, daß „Elida" und „Glitra" den Lords schon bekannt waren. Der „King in council", so führt das Urteil aus, kann nie „Gesetzgeber" sein, nie materielles Recht

schaffen. Zur Entscheidung des Prisengerichts ständen Handlungen kraft Königlicher Kommandogewalt im Kriege (acts done by the sovereign power in right of war). Der König sei also materiell Partei, und das Gericht könne nicht Weisungen seitens einer Partei empfangen. Das Prisengericht habe nicht nationales Recht anzuwenden, sondern Völkerrecht. Dieses Völkerrecht sei nicht Landesrecht, sondern entstehe durch tatsächliche Übung und langjährige Gewohnheit der zivilisierten Nationen in gegenseitigen Beziehungen oder durch ausdrückliche internationale Vorträge. Dementsprechend müsse das Prisengericht den Äußerungen der Königlichen Kommandogewalt gegenüber frei dastehen. Das Prisengericht müsse ein Gericht sein, das dem Rechtsschutzbegehren des nichtfeindlichen Ausländers dieselben Garantien biete wie internationales Gericht, und das Gericht könnte schon nicht mehr als Prisengericht fungieren, wenn ein Act of the Imperial Legislature, also ein formelles Gesetz den völkerrechtlichen Normen widersprechende Regelungen aufwiese. (It would be in the field covered by such provisions be deprived of its proper function as a Prize Court.) Aber aus dem Umstand, daß ein formelles Gesetz den Prisengerichtshof binden könne, sei doch nicht zu schließen, daß dies auch auf Anordnungen des King in Council zutreffe. Was nun aber als Völkerrecht zu gelten hat, das wird im Zamora-Fall einer Äußerung des Lord Mansfield aus dem Jahre 1744 entnommen. Es heißt dort „The law of nations, founded upon justice, equity, conscience and the reason of the thing and confirmed by long usage". Hiernach ist das Völkerrecht gegründet auf Gerechtigkeit, Billigkeit, auf das Gewissen der Völker und die Natur der Sache und muß bestätigt sein durch usus longaevus. Mit diesen Argumenten lehnt der Privy Council den Satz ab, daß bei Ausübung der Kommandogewalt der König materielles Recht hinsichtlich der Prisen schaffen könne. Daß, wie der Holländer Verzijl (a. a. O. S. 57) dargetan hat, der Engländer trotz des pompösen Bekenntnisses zum Völkerrecht in Wahrheit als Völkerrecht sein common law angewandt hat und es überdies (vgl. „Hamborn" in Grotius, 1917, S. 329 und Verzijl, S. 127) in recht brutaler Weise entwickelt hat, das sei nur erwähnt. Wichtig war es für uns zu zeigen, mit welcher Freiheit der englische Richter jede positive Regelung ablehnt, wie er in naturrechtlicher Methode an die „gesetzlich" nicht erfaßbare Quelle herantritt, und aus welcher Souveränität er bei einem Tatbestand, der von der Kriegsgewalt be-

herrscht ist, Recht entnimmt. Diese Methode hat die gesamte englische Kriegsrechtsprechung beherrscht. Der bekannte Richterspruch des Lord Justice Phillimore in Sachen Zinc Corporation Ltd versus Aron Hirsch und Sohn (Law Times Reports, vol. 114, S. 222 ff.), vergleicht englischen Kriegszweck mit dem Zweck eines zwischen einer deutschen und einer englischen Firma geschlossenen, die Suspendierung des Vertrages im Falle höherer Gewalt vorsehenden Vertrages. Der Vertrag wird aufgehoben, weil der Vertrag ein Kaufmonopol der deutschen Firma enthielt und dies als eine Schwächung der Mittel (ressources) Englands angesehen wurde. Es handelt sich nicht um die Kritik des Urteils, sondern um die Methode der Urteilsfindung. Es kann bei englischer Methode zu ungerechten und bei deutscher Methode zu gerechten Urteilen kommen.

So wird man wohl nachweisen können, daß die deutsche Prisengerichtsbarkeit, wenn sie auch in ihrer theoretischen Begründung schlecht war, in ihrer praktischen Durchführung trotz der Begründung zu gerechten Urteilen geführt hat. Was hier gezeigt werden sollte, war die Gefahr, die der deutsche Jurist läuft, wenn er vor ein naturrechtliches Problem gestellt ist. Er verrennt sich zunächst in einige positive Sätze, die ihm als sedes materiae gelten, und kann den Rückzug aus dem Positiven nur mittels einiger Sätze finden, die seine Stellung als Richter schwächen, was das Zamora-Urteil sich schon von einer das Völkerrecht neu deklarierenden Parlamentsakte verbitten will (vgl. Law Times, S. 629 „The authority of the court as on interpreter of the law of nations would be thereby materially weakened). Das direkte Eingehen auf die Natur der Sache und das Suchen nach dem Erkenntnis aus der Natur der Sache hält der deutsche Richter im allgemeinen für juristische Anarchie, und so kommt es, daß er jedenfalls in der Auffassung seiner richterlichen Aufgaben einer naturrechtlichen Quelle gegenüber hinter dem englischen Richter zurücksteht.

Anmerkung zum ersten Kapitel. Ein Gebot der Ehrlichkeit ist es, den Ausführungen über die Prisengerichtsbarkeit noch folgendes hinzuzufügen:

1. Man darf für England nicht übersehen, daß es das Judicial Committee of the Privy Council ist, welches sich in „Zamora" über den „King in Council" unterhält und daß die Bezeichnung „King in Council" nur ein Symbol ist (vgl. Zitat bei Hatschek, Englisches Staatsrecht, Bd. II, S. 144 „a mere formality and that the whole responsibility rests with the Minister to whose Departement the Act belongs"). Ebensowenig darf man übersehen, daß auch für Deutschland die Ausdrücke „Kommandogewalt",

„Oberbefehl" usw. Symbole sind und daß von einem eigentlichen Handeln des früheren Trägers dieser Gewalten ebensowenig gesprochen werden kann wie beim King in Council. Es handelt sich hier wie da um Feierlichkeitsformeln.

2. Weiter darf für England nicht übersehen werden, daß wenn „their Lordships" in „Zamora" erklärten die Order XXIX, v. 1 (of the Prize Court Rules construed as an imperative direction to the court is not binding) sei als imperative Weisung für das englische Oberprisengericht nicht bindend, sie damit der bisherigen von dem Großen Prisenrichter Lord Stowell („The Fox", „The Maria") vertretenen, durch Sir Samuel Evans adoptierten Lehre von den „legislativen Rechten" des „King in Council" entgegentraten (vgl. auch Verzijl a. a. O. S. 59), also auch für England neues Recht schufen. Möglicherweise wirkte im Unterbewußtsein der Law Lords hier (wie auch sonst nicht selten) die Politik mit: ein Wunsch der Abwehr den Vereinigten Staaten gegenüber, wo Stimmen laut geworden, welche die diplomatische Intervention der Prisengerichtsbarkeit vorzuziehen schienen, und gleichzeitig der Wunsch des Angriffs Deutschland gegenüber durch Bekenntnis zum internationalen Recht und Ausschaltung der Order in council als Emanation der Kommandogewalt. Die Zahl der Indizien für die Möglichkeit des Unterbewußtseins (mehr wird über „Their Lordships" nicht behauptet) sind recht groß. Die Terminologie bezüglich der Kommandogewalt, das Zitat aus einem deutschen Schriftsteller (Albrecht, Zeitschr. f. Völkerrecht, 6. Band, Breslau 1912), der Hinweis auf die Prisengerichtspraxis der Amerikaner und endlich die Formulierung des Lord Parker of Waddington, der Neutrale habe sich an das Prisengericht des Kriegführenden vor Inanspruchnahme diplomatischer Intervention zu wenden und („a case for such intervention arises only if the decisions of these courts are such as to amount to a gross miscarriage of justice") Intervention sei also nur zulässig bei unwürdiger Prisengerichtsbarkeit.

3. Endlich darf für Deutschland nicht übersehen werden, daß die Prisenordnung in Wahrheit außer Befehlen an die Kommandanten das enthielt, was bei uns als Seekriegsvölkerrecht erkannt worden war und einheitlich als Völkerrecht geübt werden sollte. Sinn einer solchen Anordnung wie der Prisenordnung war es, von der Idee des landesrechtlich rezipierten Völkerrechts ausgehend, Völkerrechtsanwendung zu sichern und das auszuschließen, was die Haager Landkriegsordnung „appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées" nennt und was wir mit „willkürlicher Beurteilung der militärischen Befehlshaber" übersetzt haben (RGBl. 1910, S. 107). Für den Landkrieg besaßen wir „landesrechtlich rezipiertes Völkerrecht" in den anerkannten Normen der Haager Landkriegsordnung. Es brauchte also (immer in dem Gedankengang des Erfordernisses einer landesrechtlich anerkennbaren Quelle und war das auch nur Akt der Kommandogewalt, Anerkennung durch Veröffentlichung im Reichsgesetzblatt) die Kommandogewalt sich nur „in den Lücken" zu betätigen. Die im Anfang des Krieges von einigen Juristen sehr energisch vertretene Lehre, daß die Äußerungen der obersten Kommandogewalt für die Gerichte bindend seien, daß insbesondere dem Oberbefehl das Recht zustehe, „den Kriegsgebrauch mit Wirkung für die subordinierte Kommandogewalt zu erläutern oder durch die von ihm ermächtigten Befehlshaber erläutern zu lassen", ist in der Entwicklung des Landkrieges dann durch eine andere Lehre besiegt worden, nämlich durch die

Lehre von der Freiheit des Gerichtes und seiner vollkommenen Unabhängigkeit. Diese Entwickelung spiegelt sich deutlich ab in den einzelnen Militärjuristentagen, die man nur im Sinne der Rechtsentwickelung verstehen kann. Man sieht im deutschen Landkrieg wie im englischen Prisenrecht, wie wichtig die Methode ist, wie wichtig es ist, naturrechtliche Quellen als naturrechtliche hinzunehmen und ihren rechtlichen, d. h. der Idee des Rechts werten Ausgleich in der richterlichen Funktion, d. h. im gerechten Urteil zu erblicken. Diese Gedanken, welche die ganze vorliegende Schrift beherrschen, sollten durch das in dem ersten Kapitel zusammengestellte Tatsachenmaterial vorbereitet werden.

Kapitel II.

Revolutionsgewalt und Rechtsstaat.

Ich habe einen Freund, den ich als ruhigen und klaren Kopf schätze, gebeten, mein erstes Kapitel zu lesen. Den Plan der Arbeit habe ich ihm ganz allgemein skizziert. Mein Freund ist unzufrieden. Er sagt mir, „daß die Disposition nicht klar ist (\IIa 1 aa'), daß du in äußerer Anknüpfung von einem Tatbestand in den andern hineinschleichst, das will ich nur erwähnen. Die juristischen Kriegserinnerungen interessieren vielleicht, und man erkennt auch Zusammenhänge mit dem Revolutionsproblem. Aber du trägst alles vor wie ein Rebell. Man hat das Gefühl, du willst Unruhe erregen und an Dingen rütteln, die als feststehend angesehen werden. Damit kannst du mehr Unheil anrichten als du ahnst. Dein Vergleich mit dem in Kriegsgewalt geborenen Recht hinkt, weil die Kriegsgewalt, von der du sprichst, nie innerstaatlich gewirkt hat. Das Innerstaatliche war auch im Kriege beherrscht durch den Gedanken des Rechtsstaates, der jede Willkür ausschloß." Er riet mir dann, mit weniger Gelehrsamkeit und etwas mehr Politik vorzugehen, insbesondere warnte er mich vor dem Nelsonschen Buch „Die Rechtswissenschaft ohne Recht". Ich widersprach. Ich müsse mich noch mit Erich Kaufmann, mit Binder und mit Jellinek abquälen, auch James Goldschmidts „Materielles Justizrecht" und „Materielles Zivi justizrecht" hielt ich für wichtig, sodann sprach ich ihm von einer wundersamen, äußerst anregenden Berliner Doktordissertation „Zum Problem der Bevollmächtigung" von Walter Grau aus Berlin. Mein Freund erwiderte mir, mit so viel Gelehrsamkeit würde ich meine Schrift ungenießbar machen. „Begnüge dich mit

dem einfachen Satz ‚der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Losung'. Der Satz stammt von Stahl und ist von O. Bähr und Gneist adoptiert worden. Von diesem Satz aus läßt sich jedem ‚arbitrary power' gegenüber ein klarer Standpunkt gewinnen." Ich erklärte, darauf eingehen zu wollen, er solle mir noch etwas erklären; ich glaubte, den „Staat" zu kennen, den er meine, aber er solle mir erklären, was er unter dem „Recht" in diesem Staat verstehe. Darauf gab er jede weitere Diskussion auf und verließ mich.

„Rechtsstaat und Recht." Zunächst fünf Einzelfälle.

1. In Art. 5 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 12. Herbstmonat 1848, jetzt zu datieren vom 29. Mai 1874) „gewährleistet der Bund den Kantonen . . . die Freiheit, die Rechte des Volkes und verfassungsmäßigen Rechte der Bürger gleich den Rechten und Befugnissen, welche das Volk den Bürgern übertragen hat". Jedem Schweizerbürger (vgl. Blumer, Schweizerisches Bundesstaatsrecht I) „steht das unschätzbare Recht zu, die Intervention der Bundesbehörden anzurufen, nicht bloß wenn Bundes- und Konkordatsvorschriften, sondern auch wenn ausdrückliche Bestimmungen der kantonalen Verfassungen von den Behörden mißachtet worden sind". Dieses jedem einzelnen Schweizerbürger gewährleistete Recht wird von Rüttimann als „Garantie des verfassungsmäßigen Rechtszustandes" (vgl. das Nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, 2. Teil, 1. Abt., Zürich 1872, S. 65) bezeichnet. Nach Art. 113 der Bundesverfassung urteilt das Bundesgericht (Nr. 3) „über Beschwerden, betr. Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger, sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen". Zu diesem verfassungsmäßigen Rechte der Bürger gehören nach der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft auch die in der Verfassung aufgeführten Grundrechte.

Eine ähnliche Regelung hatten wir im Reiche nicht; der Umstand, daß wir neben dem Reichsbürgerrecht das Staatsbürgerrecht, daß wir keinen Einheitsstaat, sondern einen Bundesstaat besaßen, legte der Reichsverfassung Beschränkungen auf. Die einzelnen Bundesstaaten enthielten, in der Regel dem französischen Vorbild, der Charte von 1814 oder der Belgischen Verfassung von 1831 folgend, eine Aufzählung von Grundrechten, Menschenrechten, Freiheitsrechten. Laband gedenkt ihrer in seinem Staatsrecht Band I „die Freiheitsrechte oder Grundrechte sind Normen für die Staatsgewalt, welche

dieselbe sich selbst gibt, sie bilden Schranken für die Machtbefugnisse der Behörden, sie sichern dem Einzelnen seine natürliche Handlungsfreiheit in bestimmtem Umfange, aber sie begründen nicht subjektive Rechte der Staatsbürger. Sie sind keine Rechte, denn sie haben kein Objekt". Labands Auffassung ist in der Theorie nicht die alleinherrschende gewesen, Jellinek

(Allg. Staatslehre, 1914, S. 417; System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1905, vgl. insbesondere dort S. 98 und S. 98 Anm. 2, wo Jellinek bei der Kritik einer Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts die Art. 5 und Art. 113 der Schweizer Verfassung übersieht)

hat die individuelle Freiheitssphäre durch Aufstellung des Status libertatis anerkannt. Das ist die Theorie. Worin liegt oder lag bei uns der praktische Schutz der Freiheitsrechte des Bürgers oder sagen wir des Volksgenossen vor der Staatsgewalt? Man wird eine Anzahl von Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches anführen, insbesondere den 28. Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuches über „Verbrechen und Vergehen im Amte" (§§ 331 ff.), das Militärstrafgesetzbuch über den Mißbrauch der Dienstgewalt (6. Abschnit §§ 114 ff.), ferner den § 143 MilStrGB. (Duldung strafbarer Handlungen) und § 145 MilStrGB. (Pflichtverletzung bei Verwaltungsgeschäften). Dabei sei hervorgehoben, daß die Aufzählung nicht erschöpfend sein soll.

Ferner wird auf die in dem § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuches bei Amtsdelikten normierte Schadensersatzpflicht des Beamten hingewiesen (auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 91, S. 185 zitiert), also auf die reichsrechtlich geordnete Zivilrechtspflege und endlich auf die landesrechtlich geregelte Verwaltungsrechtspflege. Bevor wir auf diese beiden Punkte eingehen, stellen wir eine Frage: Wie stand es bis zum Jahre 1916 mit der Schutzhaft?, d. h. mit der Anordnung der Haft oder einer Aufenthaltsbeschränkung durch die vollziehende Gewalt im Rechtsstaat. Antwort: Durch den Krieg waren Ausnahmeverhältnisse bedingt; der § 5 des (nach Art. 68 der Reichsverfassung mit den dort ersichtlichen Ausnahmen) im Deutschen Reiche geltenden Preußischen Gesetzes vom 4. Juni 1851 [Ges Sammlung für 1851, S. 451 ff.] sah nun einmal die Aufhebung der Freiheitsrechte vor, die vollziehende Gewalt war nach § 5 des Gesetzes vom 4. Juni 1851 auf den Militärbefehlshaber übergegangen, die Rechtsentwickelung hat

dann im Kriege zu dem Reichsgesetz, betr. die Verhaftung und Aufenthaltsbeschränkung auf Grund des Kriegszustandes und des Belagerungszustandes vom 4. Dezember 1916 (RGBl. S. 1329) geführt; vgl. auch Reichsgesetzblatt 1916, S. 1332 und 1918, S. 1237. Da die Revolutionsgewalt am 12. November 1918 (Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger vom 13. November 1918) in ihrem Aufruf an das deutsche Volk den Belagerungszustand wieder aufgehoben hat, so ist anzunehmen, daß sie die Schutzhaft für unzulässig hält.

Begnügen wir uns mit dieser Antwort, auch mit dem, was wir von Laband hörten, trösten wir uns damit, daß es Freiheitsrechte gibt, auch einzelne Strafbestimmungen, welche die Freiheit schützen und sagen wir uns „Nihil est ab omni parte beatum". Als ich während meiner Studienzeit auf der Ecole des sciences politiques in Paris, wo Boutmy gelehrt hatte, Franzosen die Ansicht Labands über die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen zu erklären versuchte, da haben sie mich angestaunt, als brächte ich etwas Ungeheuerliches vor. Die Geister der „Bill of Rights" können nicht erscheinen und Lafayette ist tot. Wir haben einen Rechtsstaat, aber auf einem Gebiete, das sich viele Kulturvölker durch heilige Symbole geweiht haben, ist unser Rechtsstaat nur fähig, einige „Reflexnormen" zu erzeugen, also wohl noch nicht ganz komplett.

2. Wir sprachen von der Zivilrechtspflege. § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes, also eines Reichsgesetzes, sagt: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten..., für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist, oder reichsrechtlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind." Findet man sich mit dieser Formulierung des Reichsgesetzes ab, so findet man doch, daß etwas in ihr vorausgesetzt wird, nämlich der Begriff der „Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten". Welche Rechtsstreitigkeiten sind denn bürgerliche? Einig ist man nach Hellwig (Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 1903, S. 59, Anm. 1) darüber, daß es sich um Streitigkeiten über die Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechts (Privatrechts) und die aus ihnen entspringenden Rechte und Pflichten handelt. „Streitig" ist „nur", ob sich dies aus reichsrechtlicher Satzung oder aus Landesrecht (also eventuell aus irrevisibler Rechtsvorschrift) ergibt

(so die herrschende Ansicht)". So lernten wir denn auch ad vocem „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" zum Assessorexamen in Preußen eine veraltete Formel aus der Allgemeinen Gerichtsordnung, weil der große Rechtsstaat, das Reich, der Wächter des bürgerlichen Rechts, es unterlassen hatte, sich mit dem Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auseinanderzusetzen. Frage: Ist das eine Lücke im Rechte des Rechtsstaats? Antwort: Nein, denn es gibt ja eine „sedes materiae".

3. Nun etwas über Verwaltungsrechtspflege. Es ist, was sich aus dem eben Gesagten ergibt, möglich, daß die Landesgesetzgebung bestimmte Materien, die an sich zivilrechtlicher Natur sind oder in die zivilrechtliche Fragen hineinspielen, Verwaltungsinstanzen und zwar nicht allein Verwaltungsgerichten zuweist, und dann entscheidet das landesrechtlich geordnete Verwaltungsverfahren, ob überhaupt ein Beschwerdeweg zulässig ist, wie weit er führt und ob daneben auch noch ein Verwaltungsgerichtsverfahren zulässig ist. Mit Recht erörterte der frühere Reichstagspräsident Dr. Kaempf diese Frage gelegentlich beim Etat des Reichsjustizamts. Denn es ist Aufgabe der Reichsjustizgesetzgebung, hier einzugreifen, um zu verhüten, daß Volksgenossen, die in ihrem Rechte verletzt zu sein behaupten, keine Möglichkeit haben, dies von Gerichtswegen, d. h. durch gerechtes Urteil nachprüfen zu lassen. So gibt es in Preußen in zahlreichen Fällen Ministerialentscheidungen, d. h. Entscheidungen von Ministern als letzte Instanz, aber grundsätzlich fehlen die Rekurse gegen diese Ministerialentscheidungen. Das preußische Oberverwaltungsgericht erwähnt einen solchen Fall, Bd. 44, S. 405 ff. Er kommt zu dem betrüblichen Ergebnis, daß das preußische Landesverwaltungsgesetz es unterlassen hat, dem preußischen Obersten Verwaltungsgerichtshof die Rekurse gegen Ministerialentscheidungen zuzuweisen. Und da mir mein Freund die Lektüre von O. Bähr und Gneist empfohlen hat, so möchte ich ein Wort Bährs anführen, das Gneist in seinem Rechtsstaat übernimmt:

> „Der Minister ist ein einzelner, der noch dazu durch seine Entlaßbarkeit keine Gewähr für irgendwelche Dauer der von ihm vertretenen Grundsätze darbietet. Die ganze Interpretation des öffentlichen Rechts ist auf zwei Augen gestellt. Wenn heute der Regent eines Landes seine Minister wechselt, so nimmt schon morgen vielleicht das gesamte öffentliche Recht nun eine ganz andere Physiognomie an, eine Entscheidung, die dem

Wesen des Rechts, wie andere dasselbe richtig als das stabile Element des Staatslebens bezeichnen, wahrhaft Hohn spricht."

Hier habe ich also Bähr und Gneist sprechen lassen.

4. Und gerne ließe ich sie noch zu einem weiteren Punkte sprechen, zu einer „rechtsstaatlichen" Erscheinung, die nie geworden wäre, wenn Männer wie Bähr und Gneist im Jahre 1918 im Deutschen Reichstag gesessen hätten. Das ist die Reichsfinanzhofordnung. Hierzu:

a) § 18 des Gesetzes über die Errichtung eines Reichsfinanzhofs und die Reichsaufsicht für Zölle und Steuern. Vom 26. Juli 1918 (RGBl. S. 959).

„Vorbehaltlich einer späteren gesetzlichen Regelung trifft der Bundesrat die Bestimmungen über das Verfahren, einschließlich der Fristen und die Kosten in dem Verfahren vor dem Reichsfinanzhof."

Dazu aber im § 15: „Der Reichskanzler und die Obersten Landesfinanzbehörden können Fragen der Auslegung von Vorschriften der Reichsabgabengesetze dem Reichsfinanzhof zur Begutachtung vorlegen."

b) Bekanntmachung, betr. den Erlaß einer Reichsfinanzhofordnung vom 21. September 1918 (RGBl. S. 1119).

Darin § 7: Akteneinsicht betr. Vorakten und Beiakten nur mit Zustimmung der einsehenden Stelle.

§ 9. Eine mündliche Verhandlung findet nach Ermessen des Senats statt.

§ 22. „Der Senat kann den erforderlichen Beweis auch von Amts wegen erheben.

§ 51. Regelung der Gebühren nach § 8 des Deutschen Gerichtskostengesetzes; die Hälfte, wenn sich das Verfahren durch Zurücknahme der Rechtsbeschwerde, der Beschwerde oder des Antrags erledigt, das Doppelte, wenn eine mündliche Verhandlung (!) oder eine Beweisaufnahme stattgefunden hat (!).

Armenrecht vacat.

(Dazu ist dann noch die im Reichsanzeiger vom 24. September 1918 veröffentlichte Begründung zur Reichsfinanzhofordnung zu vergleichen.)

Der Steuerpflichtige wird nicht als Partei, sondern als Beteiligter, Beschwerdeführer usw. behandelt. „Es handelt sich um einen staatlichen Anspruch." Als ob das für das Strafprozeßverfahren nicht gesagt werden könne. Es ist aber gerade das Prinzip der rechtsstaatlichen Entwicklung, alles was durch Urteil zu erledigen ist, im Parteiprozeß zur Erledigung zu bringen.

„Das Reichsmilitärgericht kann eine mündliche Verhandlung anordnen und muß dies tun, falls der Verhaftete es beantragt", so heißt es in dem schon erwähnten Reichsgesetz vom 4. Dezember 1916. In der Reichsfinanzhofordnung gibt es nur ein „kann" und kein „muß". Man überschätze, so meint die Begründung, die Bedeutung der mündlichen Verhandlung.

Die Regelung über das Verfahren vor einem Obersten Gericht des Reiches wird einer bundesrätlichen Bekanntmachung durch das Gesetz überlassen.

Die Trennung zwischen Justizorgan und Verwaltungsorgan wird überbrückt durch die gutachtliche Tätigkeit, die auf eine Festlegung des Gerichts durch seine eigenen Gutachten hinausläuft.

So geschehen im Rechtsstaate anno 1918. Daß alles das möglich war, zwingt uns zu einer anderen rechtsstaatlichen Forderung, nämlich zu der: den Steuerprozeß auch in den unteren, landesrechtlichen Instanzen auszugestalten mit dem „Muß" der mündlichen Verhandlung auf Antrag einer Partei, der grundsätzlichen Parteistellung, einer vernünftigen Kostenregelung und einer Armenrechtsnormierung.

Verteidigung: Lex ita scripta est.

5. Und endlich als Fünftes eine Frage an den Rechtsstaat: Wo blieb eigentlich seit so vielen Jahren, und insbesondere seit 1906 (Entwurf), 1908 (Vereinsgesetz), das Gesetz über die Rechtsfähigkeit der gewerblichen Berufsvereine, der Gewerkschaften? Ist der Entwurf stecken geblieben oder hat das rechtsstaatlich arbeitende Reichsamt den englischen Trade Disputes Act von 1906, 6 Edw 7, Ch 47, nicht herunterwürgen können, weil dort die Nummer 4 die Haftung der Trade Unions aus unerlaubter Handlung ausschloß (An action against a trade union ..... shall not be entertained by any court). Einwand: Englisches Ausnahmegesetz, Privileg. Nein, ein der Natur der Gewerkschaft und des gewerblichen Streites gerecht werdendes richtiges Recht. Aber von Natur und Recht wollen wir hier noch nicht handeln.

Mein Freund, dem ich meine fünf Punkte, denen ich leicht noch 9, um auf 14 zu kommen, um dann noch einige, um auf mehr zu kommen, hinzufügen könnte, vorgelegt habe, meint: Man soll nicht Ankläger werden. Mit Schimpfen verwandelt man die ganze Welt in eine Galeere (vgl. Gracians Handorakel). Er zitiert den Faust:

Hast du mir weiter nichts zu sagen?
Kommst du nur immer anzuklagen?
Ist auf der Erde ewig dir nichts recht?

„Wir hatten eben keinen idealen Rechtsstaat. Das richtige Recht kann nur allmählich durch Entwicklung gefunden werden. Aber die Grundsätze des Rechtsstaats, wie sie waren, müssen bleiben."

„Was verstehst du unter den Grundsätzen wie sie waren?"

Und da trägt er mir die Lehren vor vom formellen Gesetz, von der Garantiefunktion der Rechtssätze, von der Bindung des Staates an sein Recht, von der Auffaugung der Rechtsbildung durch den modernen Staat, im wesentlichen also das elfte Kapitel von Jellineks „Allgemeiner Staatslehre" vor. Und ich frage ihn wieder: „Wo ist in alledem das Recht?" Und da wir uns in der Debatte wieder nicht einigen können, so brechen wir die Diskussion ab und ich verspreche ihm meine Idee über den Rechtsstaat und das Recht — unter Ausschaltung der Frage nach dem richtigen Recht — vorzulegen.

Und ehe ich mich nun zu weiteren Angriffen rüste, muß ich einem Gebot der Gerechtigkeit folgen. Seit dem 9. November 1918, vielleicht schon seit Anfang Oktober 1918 und vielleicht auch schon seit 1917 oder seit 1916 oder noch früher haben sich bei vielen Menschen die Grundanschauungen verändert. „Beuge dein Haupt, stolzer Sigamber, bete an, was du zerstört hast, zerstöre, was du angebetet." Es ist sehr wohl möglich, daß dies auch auf die Rechtsgelehrten zutrifft, die mir jetzt erwähnen werden, daß sie heute anders denken als früher und daß man unrecht tut, wenn man wegen des „Scripta manent" das früher Geschriebene ihnen heute vorhält.

Und deshalb muß ich noch eins hinzufügen. Das Betonen der Allmacht staatlichen Wollens, die Begründung von Recht durch tatsächliche Machtgestaltung, der Glaube an eine als geltend behauptete höhere Rechtswirklichkeit — alles dies ist bei vielen nur Reflex des Unbewußten gewesen. Unbewußt war das Gefühl der Unlust, hervorgerufen durch die empfundene Unzulänglichkeit des „nur" positiven, d. h. staatlich gesetzten Rechts. Die Art der Äußerung war nach Charakterveranlagung verschieden. Der unbewußte Wunsch, sich vor dem Zweifel vor sich selbst zu befreien, führte den

einen zur überspannten Verteidigung des Positivismus, zur fanatischen Begründung der staatlichen Willenstheorie, wobei durch die Stärke des unbewußten Wunsches die Energie der Verteidigung geregelt wurde. Der andere erblickte in der Macht ursprüngliche Quellen, „die aus eigener Kraft in steter Bewegung Eigenes hervorbringen, bei denen Ursprünglichkeit und Gewalt aber dennoch Regelungen zulassen", denen gegenüber aber die Frage, was „im Gesetz" stehe, gleichgültig sei, weil sie nur zu Widersprüchen mit den Seienden und zu sinnlosen Verneinungen des Seienden (Ungültigkeiten) führen würden. Eine dritte Gruppe hat geglaubt und eine vierte hat gedichtet, die Besten haben sich das Positive zu höherer Wirklichkeit umgewandelt und geglaubt, daß das als Recht von ihnen Gewollte und so innerlich Erkannte im Positiven wäre; andere haben das Innerstaatliche entrechtet und sich selbst gewaltsam „vom Duft" „zu den Gefilden" des Völkerrechts erhoben, wo sie in der Koordinationsrechtsordnung ein Gerechtigkeitsprinzip finden wollten.

Im Grunde wurzeln alle im deutschen Idealismus. Vielleicht wird die Anwendbarkeit dieser Erfahrungen, die eigenem Erlebnis entstammen, auf andere mir von diesen anderen bestritten werden. Dann habe ich eben nicht sie, sondern andere entschuldigt. Aber alles, was ich vortrage, trage ich vor mit einem Vorbehalt: ich spreche nur von dem vor Herbst 1918 Geschriebenen, nicht von den Personen, die es geschrieben haben.

Erscheinungen, wie sie hier zumeist aus der Zeit vor dem Kriege skizziert worden sind, auf einen Grund oder zwei Hauptgründe zurückzuführen, ist immer ebenso kühn wie unrichtig. Aber das „rerum cognoscere causas" muß sich bescheiden und kann nicht allen Imponderabilien Rechnung tragen. So will auch ich mich bescheiden und nur zwei der mächtigsten Ursachen nennen: Es sind dies: Der Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Stellung der richterlichen Gewalt im Reichsrecht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist uns ein stolzes Symbol der in jahrzehntelangem Ringen nach der Gründung des Reiches erstrittenen Rechtseinheit. Es enthält die wichtigsten Sätze unseres deutschen Privatrechts, und hätte wohl einer im Jahre 1898 angenommen,

daß es plötzlich als „Subordinationsrecht" in einem System auftauchen würde?

Der Schrift über „Das Wesen des Völkerrechts usw." entnehmen wir (S. 171ff.):

„Das Privatrecht ist im Gegensatz zum Völkerrecht seinem Wesen nach, wie die soeben hervorgehobene ihm wesentliche Hierarchie von einander übergeordnetem Willen deutlich macht, durchaus Subordinationsrecht, und nicht ebenso wie das Völkerrecht Individualrecht. Das privatrechtliche Institut, in dem der individuelle Wille von ausschlaggebendster Bedeutung wird, das Rechtsgeschäft beruht ganz auf objektiven, von einem übergeordneten Willen erlassenen Rechtssätzen. Diese sind es, die zunächst den Geschäftssubjekten „die Ermächtigung" zu einem gültigen Geschäftsabschluß erteilen ... Die „Fähigkeit", Subjekt privater Rechte zu sein, ist jedem „rite perfecte natus" erst als Abschluß einer jahrhundertelangen Entwicklung vom staatlichen Gesetzgeber „zugesprochen" worden ... Die vom Staate zu entwerfende Privatrechtsgesetzgebung kann sich aber nicht etwa auf diese „Ermächtigungs"ordnung beschränken und den weiteren Erfolg der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit der Individuen nunmehr einfach überlassen. Sondern der Staat muß weiter auch die Folgen des einmal geäußerten Geschäftswillens in oft den Individuen sogar unerwünschter Weise regeln, damit das, nach seiner Auffassung von dem Gerechten, Richtige bei diesen Geschäften herauskommt: er muß in die Gestaltung der rechtsgeschäftlich begründeten „Verhältnisse" nur in deren Beendigung, die er auch wieder nicht dem Belieben der Individuen allein überlassen kann, normierend eingreifen."

Und weiter S. 177 wird ausgeführt, daß der „Privatanspruch" im Grunde der Verwirklichung des objektiven staatlich gesetzten und gewollten Rechtes dienen soll. Das einen Privatanspruch geltend machende, um „sein" Recht kämpfende Individuum ist daher Organ der objektiven Rechtsordnung ... „Das Privatrecht ist also Ausschnitt aus der objektiven staatlichen Subordinationsrechtsordnung, bei dem die einzelnen Institute zu einem Komplex von Privatansprüchen gestaltet worden sind, die Verwirklichung dieser Institute daher dem privaten Selbstbetrieb überlassen worden ist." Dazu dann noch folgende Ausführung:

„Wegen dieser besonderen Eigenart können in den Formulierungen der privatrechtlichen Sätze nie die lebendigen Rechtsinstitute selbst, nie ein konkretes Bild davon, wie das Recht das Leben wirklich gestaltet wissen will, zum Ausdruck kommen. Wie die naturwissenschaftliche Begriffsbildung das bunte und lebendige Leben in farblose und tote Atome zerfällt, um es auf seine spezifische Art zu rationalisieren, so „zerfällt" auch der Privatrechtsgesetzgeber die konkrete Lebendigkeit der objektiven Institute in ein fein durchdachtes und abgewogenes System von farblosen Rechten und

Pflichten der beteiligten Subjekte, löst er die organischen und sozialen Lebensverhältnisse auf in einen kunstvollen Mechanismus individualistischer Rechte und Gegenrechte. So fällt auch das „Genießen" meist in die Rechtsformulierungen der Gesetze, während es trotzdem natürlich ihren Hauptinhalt, ja den Zweck des Privatrechts ausmacht. Dadurch entsteht der Schein, als ob das Privatrecht selbst seinem Gehalte nach Individualrecht wäre, während es doch nur der für die richterliche Anwendung bestimmte Begriffsapparat ist, der dieses Schemas bedarf."

Soviel über das Privatrecht und die Verwendbarkeit der „zu bestimmten technischen Zwecken formulierten Rechtssätze", wie es bei Erich Kaufmann (S. 178. Anm. 3) heißt. Der „Racker" Staat übt strenges Regiment im Privatrecht und, wenn er im Privatrecht der Gerechtigkeit gedenkt, so fügt er hinzu „wie ich sie auffasse".

Erich Kaufmann hat seine Ausführungen noch ergänzt und zwar in dem Artikel „Verwaltung, Verwaltungsrecht" in dem früher von Stengel, jetzt von Max Fleischmann herausgegebenen Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (Tübingen 1914), Bd. 3, S. 688ff. Hier wendet er sich gegen die übliche Darstellung der Teilung der Gewalten und führt aus: „Ihr prinzipieller Fehler (S. 695) dürfte darin liegen, daß sie die drei Gewalten als „materielle Hoheitsrechte" behandelt, was Justiz und Verwaltung zur Zeit des Absolutismus in der Tat ja auch waren, während der konstitutionelle Gesetzesbegriff gerade hierin Wandel geschaffen hatte. Sie geht begrifflich von psychologischen, aprioriſchen, materiellen Begriffen, statt von positiven Rechtsbegriffen aus: Der gleiche psychologische und materielle Tatbestand aber kann in den verschiedensten Rechtsnormen behandelt werden." Und nun erscheinen wieder die uns aus der „Clausula" bekannten Gedankengänge. Und materielle und psychologische Begriffe nennt er das Rechtsetzen und Rechtsprechen. Unter Gesetzen versteht er nur die obersten Rechtsnormen, während die unteren bloß als Rechtsgeschäfte erscheinen, die auf „gesetzlicher Ermächtigung" ruhen. Diesen Gegensatz von Rechtsgeschäft und Rechtssatz, von subjektivem und objektivem Recht habe erst der konstitutionelle Gesetzesbegriff geschaffen. Durch irgendwelche materiellen Merkmale sei er nicht zu erfassen. Es kann nach ihm keinen aprioriſchen materiellen Gesetzesbegriff, keine „an sich" der Gesetzgebung vorbehaltenen „Inhalte" geben, sondern nur durch das positive Recht zugewiesene. Nicht anders steht es, wie er sagt, mit dem Begriff „Rechtsprechen". Auch hier ist es

nach ihm wieder „Sache des positiven Rechts", welche Angelegenheiten der Justiz zugewiesen werden. Er verkennt nicht, daß bestimmte Materien sich besonders für dieses oder jenes formelle Hoheitsrecht eignen. Und so kommt er dazu, nach formalen Kriterien zu scheiden. Er sagt: „I. (das supreme power) Zum Gesetz. Der Begriff des Gesetzes im konstitutionellen Staate erschöpft sich darin, daß das Gesetz die obersten Rechtssätze aufstellt, nach denen sich das gesamte Leben des Staates und das gesamte Leben im Staate richten soll. II. Zur Justiz: Justiz ist das, was die ordentlichen Gerichte in Ausübung ihrer richterlichen Funktionen, bei denen sie keiner Autorität als der der Gesetze (also keinen Dienstanweisungen) unterworfen sind, tun — Verwaltung das, was die Verwaltungsbehörden auf Grund gesetzlicher Ermächtigungen tun." Und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit rühmt er, daß sie, ohne in den Organismus der Justiz eingegliedert zu sein und ohne den Normen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Verfassungsurkunden über die richterliche Gewalt unterworfen zu sein, auf Grund „einfacher Gesetzgebung" die höchsten Garantien richterlicher Funktionen besitzt.

So schrieb Kaufmann im Frieden, als er an den Krieg dachte, und so geschah es im Krieg: Wir sahen den Rechtsstaat ohne Recht, wie ihn Kaufmann der Friedensordnung entnehmen zu können glaubte. Der Staat dürfte nur dem einen Zweck dienen, seiner Selbsterhaltung, und so sammelte er in der Tat alle Kräfte. Das Recht lag außerhalb des Innerstaatlichen, es lag in dem Glauben an die Gerechtigkeit der Sache, für die gekämpft wurde. Das konstitutionelle Gesetz wurde durch § 3 des Gesetzes vom 4. August 1914 (RGBl. S. 327) denaturiert, indem der Bundesrat ermächtigt wurde, während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen würden. Das Gesetz über den Belagerungszustand mit der Verordnungsgewalt der Militärbefehlshaber (§ 96) und deren Übergang der vollziehenden Gewalt (§ 4) trat in Kraft, außerordentliche Kriegsgerichte fungierten, der Reichstag fing an, außerhalb des Plenums mit Ausschüssen zu arbeiten, und aus alledem entstand das, was als heimatliches Kriegsrecht zu bezeichnen ist. Normen über Normen, Delegationen über Delegationen, Strafandrohungen über Strafandrohungen. Es wurde gearbeitet. Es wurde geschrieben. Es wurde gesetzt. Es wurde veröffentlicht. Es wurde gelesen. Im Anfang ging es. Die fünf Kriegsmonate des Jahres 1914 brachten

nur 16 Gesetze, 10 Kaiserliche Verordnungen und 107 Bekanntmachungen des Bundesrates (auf Grund des Ermächtigungsgesetzes); das Jahr 1915: 5 Gesetze, 3 Verordnungen, 348 Bekanntmachungen; das Jahr 1916: 13 Gesetze, 46 Verordnungen, 536 Bekanntmachungen; das Jahr 1917: 18 Gesetze, 89 Verordnungen, 397 Bekanntmachungen, und ob diese Zahlen genügen, vermögen wir nicht mit Gewißheit zu behaupten. Für das Jahr 1918 wäre die Zusammenstellung allzu zeitraubend. Und dann alle weiteren Bekanntmachungen, die auf Grund der Unterermächtigung durch Unterermächtigte erlassen wurden. Bis zur Veröffentlichung der gleiche Vorgang. Aber es wurde nicht mehr alles gelesen. Oder das Gelesene wurde vergessen. Manche bemühten sich es zu vergessen. Manche vergaßen es nicht, aber beachteten es nicht, die einen aus Not, die anderen aus unentschuldbaren Motiven. Und eine gewaltige Justiz begann: auf dem Gebiete des Zivilrechts wie auf dem des Strafrechts. Auf dem Gebiete des Strafrechts erschien etwas ganz Neues, weil Denaturiertes: „Die Anpassung eines vom Gesetzgeber angewandten Begriffs an wirtschaftliche Bedürfnisse, die zur Zeit des Erlasses des Gesetzes nicht bekannt waren. Der Gesetzesbegriff selbst, nicht nur die ihm adäquaten Wirtschaftsvorgänge, erfuhr so eine Wandlung, und es trat das ein, was im Widerspruch zu dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ stand: die strafrechtliche Verfolgung von Handlungen, auf die zur Zeit ihrer Bestrafung keine Strafvorschrift gemünzt war“ (Alsberg, Juristische Wochenschrift, 1918, S. 714). An dem alten Satz „nulla poena sine lege“, der neben dem „nulla poena sine iudicio“ als Grundpfeiler des Rechtsstaatlichen gegolten hatte, wurde gerüttelt. Jeder hatte die Pflicht so zu handeln, als sei er Staatsorgan, jeder konnte, gleichgültig ob er staatlich beschäftigt war oder nicht, durch eigenes Handeln das Wohl des Ganzen fördern, und es war Pflichterfüllung, wenn er so handelte. Aber prophetischer Geist, Voraussehung späterer Regelung war niemand zuzumuten.

Die meisten Volksgenossen wurden vom Staate zur Organtätigkeit verwandt. Das Aufflammen der Volksbegeisterung im Jahre 1914, die noch lange nachwirkte, die den Streit der Parteien geschlichtet zu haben schien, schuf ein Volksheer im edlen Sinne des Wortes, gegründet auf freiwilliger oder gern gewollter Organstellung des Einzelnen. „Der Staat ist uns Organisation des Deutschtums“, so schrieb Woltzendorff. Den einheitlichen Gemeinschaftsgeist feierte Otto von Gierke in seiner Schrift „Der deutsche Volksgeist im Kriege“.

Nur machte ihm manches in der Stimmung des Heimatsvolkes Sorgen (S. 19). Ein neuer Impuls von oben: das Gesetz über die Vaterländische Hilfsdienstpflicht, die Schaffung der Heimatsfront wurzelnd in Organstellung der Daheimgebliebenen und Organstellung der Unternehmen differenziert nach Kriegswichtigkeit, Organisierung des Vertragswerks zwischen Staat und Unternehmertum. „Auch die Daheimgebiebenen, Männer wie Frauen", so heißt es in der Begründung des Gesetzes über den Vaterländischen Hilfsdienst vom 5. Dezember 1916, „haben sich durch ihre Arbeit im Dienste der Kriegswirtschaft in hohem Maße der Volksgenossen im Felde würdig gezeigt. Aber diese Heimarmee kann noch beträchtlich verstärkt werden, und der Kriegsarbeit fehlt bisher die straffe, einheitliche Zusammenfassung und Regelung, die allein die Leistungen zum Höchstmaß zu steigern vermag und erst den vollen Erfolg verbürgt. Zu diesem Zweck die gesamte, nicht zum Heeresdienste herangezogene Bevölkerung in der Heimat zu erfassen und die Volkskraft für das große Ziel der Vaterlandsverteidigung zweckdienlich zu verwerten, ist die Aufgabe des durch Allerhöchste Kabinettsorder vom 1. November 1916 ins Leben gerufenen Kriegsamts. Die Vorlage bezweckt, diesem Amte für die Erfüllung seiner Aufgaben auf diesem Gebiete und ebenso den zur Mitwirkung dabei berufenen sonstigen Behörden für ihre Betätigung die notwendige staatsrechtliche Grundlage zu geben." Alles erhielt Begründung durch konstitutionelles Gesetz: das konstitutionelle Gesetz, das sich immer der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gewerkschaften versagt hatte, erwähnte in den §§ 5 und 10 die wirtschaftlichen Organisationen der Arbeitnehmer und sah ständige Arbeiterausschüsse vor. Aber Eigentümliches kam bei der Beratung zur Sprache: die Streikerlasse des Eisenbahnministers, und es wurde behauptet, daß mit dem Schützengraben gedroht worden sei. In den Verhandlungen des Reichstages im Dezember 1916 trat deutlich eine neue Stimmung hervor; an Stelle des großen Vertrauens, das so lange geherrscht hatte, das Gefühl, daß mit Vertrauen in die Persönlichkeiten und mit formaler (konstitutioneller) Begründung Gerechtigkeit nicht gesichert werden könne. Das ging zunächst gegen den Bundesrat. „Wenn der Bundesrat", so sagte der Abgeordnete von Payer, „allein ohne den Reichstag wichtige Materien regeln soll, dann bleibt nichts übrig als der Weg, ein Ersatzorgan für den Reichstag zu schaffen." Keine Blankovollmacht, Schutz der persönlichen Freiheit vor Militärwillkür, Gewährung eines

Rechtsschutzes, Beachtung der Tarifverträge, Ausschluß schikanösen Verhaltens gegenüber den Arbeitersekretariaten. Trotz des „konstitutionellen" Gesetzes erhob plötzlich das Recht, das sich schon bei den Schutzhaftdiskussionen lebhaft gemeldet hatte, seine Stimme, und trotz der formellen Bedenken Helfferichs, der auf die Reichsverfassung verwies, in der ein Ausschuß von Reichstagsmitgliedern als Exekutivbeistandsorgan des Bundesrates keine Grundlage habe, wurde der § 19 in das Gesetz aufgenommen und überdies auch im § 20 bestimmt, wann das Gesetz außer Kraft zu treten habe. Wer die Bedeutung des materiellen „aprioriſchen" Rechtsbegriffes dem konstitutionellen Gesetze gegenüber leugnet, dem sei die Lektüre dieser Verhandlungen sowie der beim Thema „Schutzhaft" gepflogenen Diskussionen empfohlen. Und der mag auch über folgendes nachdenken: die Organtätigkeit fast jedes einzelnen Volksgenossen hatte ihre „gesetzliche" Grundlage; Wehrpflicht und vaterländische Hilfsdienstpflicht hießen die kriegstypischen Rechtspflichten. Aber es gab Ausnahmen von der Durchführung der Wehrpflicht (Reklamationen), es gab bedeutsame Differenzierungen in der Erfüllung der Wehrpflicht (k. v.; g. v.; a. v., die beiden letzten Gruppen wieder eine Zeitlang geteilt in Heimat, Etappe und Feld). Für den Einzelnen waren diese Differenzierungen mit der Dauer des Krieges unendlich wichtig. Generalmusterungskommissionen erschienen, zusammengesetzt aus Offizieren und Sanitätsoffizieren. Neue Formationen wurden aufgestellt. Die Zahl der zu stellenden k. v.-Mannschaften stand fest. Der Einzelne war nicht nur Organ, sondern auch Mensch; wie viele hatten das Empfinden, daß ihnen unrecht geschah, die einen meinten vom Oberstabsarzt, die andern vom Kommandeur, die andern klagten das Geschick an, weil anderen ein besseres Geschick zuteil geworden in bezug auf Verwendung, Vorwärtskommen, Urlaub. Und alle hatten in diesen Dingen ein „Rechtsmittel", das vielen mehr als Gefahr denn als Behelf erschien, die Beschwerde. Das Wort „Unrecht" kam über viele Lippen, der Beschwerdeweg aber erschien beschwerlich. Und half auch der eigene Vorgesetzte dem Untergebenen gern, die Organe blieben Menschen und verglichen sich mit anderen Menschen: der Mann beim Sturmtrupp mit den andern bei den kämpfenden Truppen die kämpfenden Truppen mit den Stäben, mit den Etappenformationen mit den General- und Militärgouvernements, mit den Soldaten der Heimatgebiete, mit den Daheimgebliebenen, mit den Arbeitern in der Heimat, mit den Unternehmern, mit den Beamten

in den Staatsbehörden und in den Kriegsgesellschaften. Und alle verglichen sich untereinander. Und die Formeln lauteten oft genug: „das ist recht", das ist unrecht", „das ist gerecht", „das ist ungerecht". In diesen kleinen Organen lebten Gedanken, die in das Subordinationsrecht nicht hineinpaßten. Aber die meisten überwanden diese Gedanken, nicht weil sie sich ihrer obrigkeitlichgewollten Organstellung bewußt waren, sondern weil sie nicht allein waren und stärkere Gefühle in ihnen lebten. Das Gefühl der Kameradschaft und dieses kameradschaftliche Gefühl (und nicht etwa der § 102 des Militärstrafgesetzbuchs) verbot ihnen, sich selbst wie den andern das Leben zu verbittern, das Gefühl des Volksgenossentums und dieses genossenschaftliche Gefühl hieß sie an das Wohl des gesamten Volkes und an ein glückliches oder erträgliches Ende des Krieges denken und machte ihnen treue Mitwirkung, „Durchhalten" zur Pflicht. Das hielten sie für recht. Hatten sie sich so gemeistert, dann erschien ihnen der heimatliche Zwist unrecht, dann setzte wieder der andere Gedanke ein, daß die Leute in der Heimat es doch viel besser hätten. Und für die Daheimgebliebenen hatte sich unter der Kriegsnotwendigkeit das tägliche Leben gänzlich gewandelt, die nächsten Angehörigen entweder im Felde, oder tot, kriegsbeschädigt, verwundet, verschollen, gefangen oder wieder daheim, aber viele unter dem Druck der „k. v."-Auslese, andere wieder unter dem Zwang, sich den Nachweis der Hilfsdienstpflicht zu beschaffen, dazu die Wirkungen der Blockade, das Stehen, oft vergebliche Stehen nach Nahrungs- und Genußmitteln, die Wirtschaft mit den Karten, die ungeheuren Preissteigerungen, die Abnutzung von Gebrauchsgegenständen ohne Möglichkeit des Ersatzes, Entbehrungen aller Art, und dann auch wieder das Vergleichen mit denen, die es im Kriege gut, besser, zu gut hatten und das Erörtern der Fragen, ob es recht sei, am Kriege zu verdienen, ob den andern, für die er nur Leiden brachte, dadurch Unrecht geschehe. Aber das große Geschehen draußen, im Felde wie in der Weltpolitik, Friedensgespräche, U-Bootkrieg und Konflikt mit Amerika, Organisation des Annexionismus durch Reichsbehörden, Selbstbestimmungsrecht der Völker, russische Revolution, Friedensschlüsse, Offensiven wurden mit merkwürdiger Ruhe, beinahe apathisch hingenommen ohne „politischen Sinn". „Vertrauen in die Oberste Heeresleitung" hieß der Ersatz des fehlenden politischen Sinnes, und während unsere Feinde nie verfehlten, große Rechtsausführungen zur Begründung des „je nachdem" aus imperialistischen

Trieben Bezweckten vorzubringen, sprachen wir weiter die Sprache des Geduldigen, Friedensbereiten, erörterten das Tatsächliche, die Kriegslage, die Kriegskarte. Zornesflammen, die sich entzündeten, wenn von der Gegenseite Friedensbedingungen skizziert wurden, die dem Tatsächlichen nicht Rechnung tragen wollten und uns demütigende Schuldzugeständnisse zumuteten, brannten nur kurze Zeit. Waren sie verlöscht, so war wieder nichts übrig als das Vertrauen in die Oberste Heeresleitung und die Erwartung, daß allmählich auch die Gegner Vernunft annehmen würden. Daß dieses Beharren im Unpolitischen Gesamterscheinung war, zeigte am deutlichsten die Aufnahme oder Annahme der Friedensschlüsse des Jahres 1918. Auch unter den innerpolitischen Fragen waren die, welche das ganze Volk zu interessieren vermochten, vereinzelt: es war in der Hauptsache die Frage der Reform des preußischen Wahlrechts und auch hier war das Bürgertum das geduldsame Element, während aus der an Selbstorganisation durch Gewerkschaft und Partei gewöhnten Arbeiterschaft bei diesen schon aus der Zeit vor dem Kriege bekannten Thema das Goethesche Wort ertönte:

„Aber sie treiben's toll, ich fürcht', es breche.
Nicht jeden Wochenschluß macht Gott die Zeche",

und gerade hier setzten die Erörterungen über das Nichtzumutbare, das als Unrecht Erkannte und dennoch Gewollte und auch gelegentlich Widerstand gegen das Unrecht ein. Und vereinzelt standen in den Kriegsjahren diejenigen da, die das Volk aus dem Unpolitischen zur Anteilnahme am politischen Geschehen aufzuwecken unternahmen. Die Rede Rudolf Stammlers vom 29. März 1915 (Carl Heymanns Verlag, Berlin) über den Gedanken der Gerechtigkeit, als des richtig verbindenden Wollens, die Schrift von Hugo Preuß über „Das deutsche Volk und die Politik", das Wort vom „Obrigkeitsstaat" und der Satz „Wie wundersam entfaltet sich die kernhafte Tüchtigkeit unseres Volkes in diesem furchtbarsten Kriege! Und wie anders müßte die Stellung dieses Volkes in der Welt sein, wenn seiner friedlichen und kriegerischen Tüchtigkeit sein politischer Sinn auch nur annähernd entspräche (S. 2)". Dazu die packende Besprechung der Preußschen Schrift von Gerhard Anschütz, der die Worte wagte (Preuß. Jahrbücher, Mai 1916, Bd. 164, S. 143):

„Mangel an Talent zur Revolution — auch das ist ja ein Stück unseres Andersseins und ein sprechender Beleg für dessen Eigenart. Nicht als ob wir eine Revolution niemals nötig, niemals

Grund gehabt hätten, kräftigst anders zu wollen als unsere hohe Obrigkeit —: es ist zu einer Umgestaltung des Staatswesens ‚von unten' deshalb nie gekommen, weil uns von jeher die Fähigkeit zu der politischen Betätigungsart abging, deren äußerstes Mittel die Revolution darstellt: die Fähigkeit zur Selbstorganisation". Dann sind eine Reihe von Zeitungsartikeln zu nennen, unter denen einer besonders hervorragte: „Das Werden des Volksstaates" (Frankfurter Zeitung, Erstes Morgenblatt, vom 1. Januar 1918). „Der Politisierung des Volkes folgt die Politisierung der Politik", so schrieb A. F. und forderte: „Politisierung des Reichstags", „Politisierung der Regierung", „Politisierung des Bundesstaates", „Zivilkurage", „Verantwortung", Gedanken, die in den Jahren 1917 bis zum Herbst 1918 den Reichstag beschäftigten, die zu Halbheiten führten, weil die Lösung der Fragen nicht aus dem Imperativ der Gerechtigkeit „als des richtig verbindenden Wollens" angestrebt wurde, sondern unter dem Gesichtswinkelchen des Kompromisses, des Weiterregierenkönnens, des Feilschens; hatte doch der Zweckgedanke den Rechtsgedanken betäubt. Und so blieb es auch noch bis in den Oktober 1918 hinein, man handelte mit Wilson, und sprach nicht und konnte nicht sprechen vom „richtig verbindenden Wollen", von der Gerechtigkeit, von der richtigen Staatsform, sondern man meldete die neuen Konzessionen, den staatlich anerkannten Volksstaat.

Im Sommer 1918 eine völkerrechtliche Episode. Ort der Handlung: Berlin W 8, Unter den Linden 7, Russisches Botschaftshotel. Joffe bewohnt es mit seinem Stabe. Eine knallrote Fahne weht auf dem Dache des Botschaftshotels. Die Berliner sehen sich die Sache an. Sie finden es ulkig. In einem eleganten Schaufenster ebenfalls unter den Linden liegt eine gedruckte „Speisenfolge" aus. Irgendein Fest in der russischen Botschaft. Nach der „Speisenfolge" zu schließen, muß dort sehr gut gegessen werden. Abend für Abend bis spät in die Nacht ist das Botschaftshotel hell beleuchtet. Es wird behauptet. Es wird bestritten. Es wird bewiesen. Anfang November 1918 wird die völkerrechtliche Entscheidung gefunden. Die in der Wilhelmstraße sonst so wichtige Frage, welche Behörde zuständig sei, war wohl leichter lösbar als früher. Der Erste Generalquartiermeister war nicht mehr im Dienst. „Unpolitischer Sinn."

Exkurs.

Wer war während dieser furchtbaren Kriegsjahre der Handelnde? Wessen Wille war maßgebend? Wer war schuldig? Der Kaiser, die Kanzler, der Reichs-

tag, der Bundesrat, der Generalstab, der Admiralstab, die Generale, das Auswärtige Amt, das Reichsamt des Innern, die sonstigen Reichsbehörden, das Großkapital, die Schwerindustriellen, die Parlamentarier, die Parteiführer, das Volk? Alle handelten und keiner war schuldig. Der Geist des Unpolitischen wirkte und alle handelten. Mehr als hundert Jahre sind es her, da der größte Dichter Deutschlands unpolitisches Handeln in einer Epoche größten Geschehens als Bürger des schon damals unpolitischsten Volkes miterlebte. Da schrieb er in seinen Urworten:

„Da ist's denn wieder wie die Sterne wollten,
Bedingung und Gesetz; und aller Wille
Ist nur ein Wollen, weil wir eben sollten,
Und vor dem Willen schweigt die Willkür still."

Und in „Dichtung und Wahrheit" findet sich die deutlichste Erklärung, auf die er auch oft in den Gesprächen mit Eckermann anspielt. Goethe spricht von sich mit den Worten (4. Teil, 20. Buch): „Er glaubte in der Natur, der belebten und unbelebten, der beseelten und unbeseelten, etwas zu entdecken, das sich nur in Widersprüchen manifestierte und deshalb unter keinen Begriff, noch viel weniger unter ein Wort gefaßt werden könnte. Es war nicht göttlich, denn es schien unvernünftig; nicht menschlich, denn es hatte keinen Verstand; nicht teuflisch, denn es war wohltätig; nicht englisch, denn es ließ oft Schadenfreude merken. Es glich dem Zufall, denn es bewies keine Folge; es ähnelte der Vorsehung, denn es deutete auf Zusammenhang. Alles war nur begrenzt, schien für dasselbe undurchdringbar, es schien mit den notwendigen Elementen unseres Daseins willkürlich zu schalten; es zog die Zeit zusammen und dehnte den Raum aus. Nur im Unmöglichen schien es sich zu gefallen und das Mögliche mit Verachtung von sich zu stoßen. Dieses Wesen, das zwischen alle übrigen hineinzutreten, sie zu sondern, sie zu verbinden schien, nannte ich dämonisch, nach dem Beispiel der Alten und derer, die etwas Ähnliches gewahrt hatten. Ich suchte mich vor diesem furchtbaren Wesen zu retten, indem ich nach meiner Gewohnheit hinter ein Bild flüchtete." So entstand der Egmont, in dem das Dämonische (nicht etwa Egmont oder Alba) das eigentlich Handelnde ist. Und jedem, der die „Schuldfrage" heute erörtert, insbesondere Herrn Lloyd George, möchte ich empfehlen, den Egmont und die wundervolle Stelle aus „Dichtung und Wahrheit" zu lesen, in der Goethe vom Egmont spricht: „Durch Feinde, die uns umzingeln, schlagen wir uns allenfalls durch; die Netze der Staatsklugheit sind schwerer zu durchbrechen. Das Dämonische, was von beiden Seiten im Spiel ist, in welchem Konflikt das Liebenswürdige untergeht und das Gehaßte triumphiert, sodann die Aussicht, daß hieraus ein Drittes hervorgehe, das dem Wunsch aller Menschen entsprechen werde, dies ist es wohl, was dem Stücke ... die Gunst verschafft hat." Und wenn Egmont und Alba sich gegenseitig für schuldig erklären und jeder glaubt, im Rechte zu sein, dann erinnert dies auch bezüglich der Verschiedenheit in der Mentalität der Streitenden an die großen politischen Erörterungen zwischen uns und den Feinden sowie an das gegenseitige Schuldbewerfen daheim. Egmont spricht von der Freiheit, die ihm mit den Zügen seines Klärchens erscheint, sagt: „Mit blutbedeckten Sohlen trat sie vor mir auf, die wehenden Falten des Saumes mit

Blut bedeckt. Es war mein Blut und vieler Edlen Blut. Nein, es war nicht umsonst vergossen. Schreite durch! Braves Volk! Die Siegesgöttin führt dich an." Auf die spanische Wache, die gekommen ist, um an ihm das Urteil des „Gerichts der Zwölfe" zu vollstrecken, zeigt er und spricht: „Und diese treibt ein hohles Wort des Herrschers, nicht ihr Gemüt!" Alba erscheint stärker als Egmont und doch wird Egmont zum Sieger. „Daß hieraus ein Drittes hervorgehe, das dem Wunsch aller Menschen entsprechen werde." Egmont stirbt und mit einer Siegessymphonie schließt das Stück.

Geh in ein Theater, Lloyd George, oder laß dir den Egmont erklären.

Aber da ich weiß, daß mein Freund Exkurse mißbilligt, komme ich wieder zum Obrigkeitsstaat zurück.

Während der ganzen Zeit bis Anfang November 1918 wird fleißig daheim gearbeitet. Auf der Paragraphenmaschine wird tüchtig geschafft. Es wird entworfen. Es wird verordnet. Einzelnes wird von Einzelnen gelesen. Tüchtige Rechtsgelehrte (die Staatsanwälte können gar nicht mehr anders arbeiten) schaffen sich drei Register an für die drei Gesichtspunkte der Rechtsordnung: Zeit, Materie, Alphabet. Nicht nur an das Recht wird gedacht, auch an das Gericht. In Form einer Bekanntmachung des Bundesrates (18. Januar 1917, Reichsgesetzblatt S. 58) wird der „unverschuldete Irrtum" bei Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen als prozessualer Einwand eingeführt. Die Begründung sagt: „Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 18. Januar 1917 unter Ablehnung des von dem Reichstage beschlossenen Gesetzentwurfs eine Verordnung beschlossen, die Abhilfe auf anderem Wege schaffen will. Eine wirksame, dem Rechtsempfinden entsprechende Abhilfe läßt sich nur erreichen, wenn in Anlehnung an den Einzelfall unter bestimmten den Mißbrauch ausschließenden Voraussetzungen der Einwand des strafrechtlichen Irrtums im Strafverfahren zugelassen wird." Der Einwand ist im Einzelfall begründet, wenn der Beschuldigte in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit der übertretenen Vorschrift die Tat für erlaubt gehalten hat. Wiederholt spricht die Begründung vom „Einzelfall" und ferner davon, daß der Richter „frei" würdigen soll. Auch auf zivilrechtlichem Gebiete erschien die Stellung des Richters reformbedürftig. Dr. v. d. Trenck berichtete hierüber im September 1918 (Juristische Wochenschrift 1918, S. 531): „Nach Zeitungsnachrichten beschäftigt sich das preußische Justizministerium mit Vorarbeiten für

gesetzgeberische Maßnahmen in der Richtung auf den Ausbau der im Kriege so über alles Erwarten bewährten richterlichen Rechtsgestaltungsmacht, d. h. genauer, der Macht zur Gestaltung der subjektiven Rechtsverhältnisse, im Gegensatz zum Richterrecht im früheren Sinne, der Rechtssätze, also objektives, abstraktes Recht schuf. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß sich hinter dieser unscheinbaren Notiz einer der größten grundsätzlichen rechtsgeschichtlichen Fortschritte verbirgt, die nicht nur jemals stattgefunden haben, sondern überhaupt denkbar sind", und er verweist auf die Vorläufer der Bewegung, auf die Freirechtler wie auf das im Kriege hervorgetretene Tatsachenmaterial (Ermächtigung des Richters zur Bewilligung von Zahlungsfristen bei Geldforderungen, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden in und außerhalb eines Rechtsstreites, im Zwangsvollstreckungsverfahren, ferner auf die Ermächtigung, die Rechtsfolgen des Verzuges, der durch nicht rechtzeitige Zahlung eingetreten ist, zu beseitigen, bei Zwangsversteigerung von beweglichen Sachen und Grundstücken den Zuschlag bei unzureichenden Geboten zu versagen, sowie Zwangsversteigerungen bei Grundstücken bis zu sechs Monaten einzustellen). Die Notwendigkeit einer neuen Gestaltung wurde gefühlt. Dazu hätte das Ermächtigungsgesetz vielleicht doch nicht gelangt. Das ganz korrekte „konstitutionelle Gesetz" war schwer durchzusetzen, weil dem Reichstag für die großen Rechtsprobleme Zeit wie Stimmung fehlten. Auch dieses bißchen „Recht" konnte in den „Rechtsstaat" der Kriegszeit nicht mehr eingeführt werden. Es kamen die Ereignisse, die eine Verwirklichung unmöglich machten.

Meuterei der Seeleute, der Soldaten, der Arbeiter, das Vertrauen in die Oberste Heeresleitung ist geschwunden, nur Verehrung für den greisen Heerführer, dessen Gestalt Symbol der Weisheit und der unerschütterlichen Zuverlässigkeit ist, und Bewunderung der heldenhaften Truppen sind geblieben. Uralte Dynastien werden mit einer nie gesehenen Plötzlichkeit gestürzt. Dann ein Schrei „Heer ohne Kaiser, Kaiser ohne Heer". Massen marschieren geordnet zum Generalstreik auf. Die Soldaten treten über. Von Arbeiter- und Soldatenräten ist schon seit der Kieler Meuterei gesprochen worden. Die obrigkeitlich gewollte Organstellung des Einzelnen fällt zusammen. Der Grundsatz der Selbstorganisation auf genossenschaftlicher Grundlage setzt sich urplötzlich durch: im Soldatenheer ist er vorbereitet durch die Kameradschaft, im Heimatheere, in der Industrie und den sonstigen Betrieben teils durch das

alte gewerkschaftliche Vorbild, teils durch die Arbeiterausschüsse, die das Hilfsdienstgesetz anerkannt hat. Die Republik wird ausgerufen. Lastkraftwagen rasen durch die Hauptstraßen Berlins, angefüllt mit Soldaten, mit Männern, mit Frauen. Überall erscheinen rote Fahnen. Aber etwas Unsichtbares geschieht gleichzeitig. Die alten Gewalten werden von der Revolutionsgewalt erobert. Sonntag nachmittag im Zirkus Busch und dann in der Nacht vom 10. zum 11. November wird die Selbstorganisation auf genossenschaftlicher Grundlage weiter durchgeführt. Am 9. November 1918 gab es noch „einen Reichskanzler", Ebert, der in seinem Aufruf (Reichsanzeiger vom 12. November 1918) vom 9. November mitteilte, daß „die neue Regierung die Führung der Geschäfte übernommen habe". Am 12. November 1918 (Reichsanzeiger vom 13. November 1918) wendet sich der in der Nacht vom 10. zum 11. November im Vergleichswege gewordene „Rat der Volksbeauftragten" an das deutsche Volk mit den Worten: „Die aus der Revolution hervorgegangene Regierung, deren politische Leitung rein sozialistisch ist, setzt sich die Aufgabe, das sozialistische Programm zu verwirklichen. Sie verkündet schon jetzt mit Gesetzeskraft folgendes", und es folgt eine Aufzählung. Einige der Vertrauensmänner der neuen Regierung, die in irgendwelche Stellungen in die alten Reichsämter und Ministerien gesandt werden, verkünden dort, daß man neue Gesetze sofort machen, „Pfähle einrammen wolle", um dem Volk die Früchte der Revolution zu sichern. Das soll der Volksstaat sein. Wieder heißt es „Regiment und Regierte". Preuß schreibt vom „umgekehrten Obrigkeitsstaat", Erich Kaufmann ruft nach dem Referendum, außerhalb Berlins macht sich Widerspruch im deutschen Reiche bemerkbar, auch in Berlin selbst. „Schutz des Rechtsstaates" heißt die Parole, und das Petitum: wieder der alte Gedankengang, obwohl das Unrecht und die Schutzbedürftigkeit des Rechts empfunden wird, obwohl es sich um das Recht handelt, immer wieder nur der eine formale Ausdruck; das Recht ist im Rechtsstaat vergessen, nur an das formelle Gesetz denkt man, nicht der Angstschrei wegen des gefährdeten Volksgutes ertönt, sondern der Ruf nach dem formellen Gesetz. So rächte sich die Denaturierung des Rechtes im Rechtsstaate. Warum trat niemand vor den Rat der Volksbeauftragten und sprach zu ihm:

„Als heiliges Volksgut verehren wir das Recht, das Landesrecht jedes Stammes wie unser in jahrzehntelangem Ringen er-

worbenes Reichsrecht. Rechtsgüter sind Gesamtgut der Volksgenossen, sie sind dem Gesamtwillen des Volkes unterworfen und doch Freiheitsgüter, weil niemandes Willkür über sie schalten darf. So war es und so muß es bleiben, denn nie wird unser Volk anderes wollen oder dulden. So sprechen wir im Namen des Volkes und seiner Freiheit, und Widerstand werden wir leisten wie das gesamte Volk, wenn bei Ausschaltung des Gesamtwillens ohne Not Rechtsgüter unter dem Druck von Tagesforderungen angetastet, geschändet oder geraubt wurden. Dem Gemeinschaftswillen des Volkes sind wir unterworfen. Willkür kann uns weder Recht schaffen noch rauben. So sprechen wir. So werden wir handeln."

„Regiment und Regierte." Es saß alles noch zu fest in den Köpfen. Nur einer unter Deutschlands Juristen hätte nach seiner Vergangenheit das Recht gehabt, so zu sprechen und alles dies viel besser zu sagen: das ist Otto von Gierke. Dieses großen Rechtslehrers ganze Lehre wurzelt in diesem materiellen Rechte. Das Miterleben der großen Zeit, die Deutschlands Einigung herbeiführte, das persönliche Mitkämpfen für dieses Ziel im Kriege 1870/71, die Vertiefung in das deutsche Privatrecht und der Kampf für die germanistische Rechtsidee bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, die historische Erfassung des deutschen Genossenschaftsrechts und die Entwicklung der Rechtslehren über den Staat und die menschlichen Verbände, an alles dies muß gedacht werden, wenn Gierkes Name genannt wird. Und daran muß gerade heute jeder Jurist denken, denn ohne Gierkes Werk wären wir heute nicht fähig, dem Volksstaate gegenüber Stellung zu nehmen; dabei ist es weniger wichtig, ob man der von ihm entwickelten organischen Staatstheorie folgt; das Wesentliche bei Gierke ist immer die Lehre von der Ebenbürtigkeit, von der Gleichwertigkeit des Rechtes und des Staates und ferner die Erfassung des genossenschaftlichen Rechtsgedankens. Und vielleicht wird sich auch bei Gierkes Lebenswerk etwas zeigen, was das Werk aller Genies kennzeichnet: die Gestaltung der höheren Wirklichkeit im Werke durch den Meister. Wir hatten nicht den Volksstaat, dessen Rechtsgrundlage uns Gierke schuf, Gierke aber hatte ihn durch Intuition unter dem Eindruck persönlichen gewaltigen Erlebens, in den Jahren der Gründung des Deutschen Reiches erkannt und schuf das Werk der höheren Wirklichkeit. Daß er in seinen großen Schriften (Das deutsche Privatrecht, Das deutsche Genossen-

schaftsrecht, Johannes Althusius, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs) zumeist in dem nicht mehr geltenden Rechte oder in großen rechtshistorischen Gedankengängen wirkt, hat ihn nicht der Wirklichkeit entfremdet, aber in der späteren Entwicklung hat sich die Wirklichkeit dem Rechte entfremdet, das Gierke ihrem Werden entnommen hatte. Und wenn Gierke heute sagt: „Wir hatten schon vor der Revolution in Deutschland einen Volksstaat," so ist darauf zu erwidern, wir hatten ihn in Gierkes Erlebnis und Werk, und hätten ihn rechtmäßig haben können, wenn der genossenschaftliche Gedanke im Volk in Wahrheit gelebt und gewirkt hätte. Dann hätte dieser Gedanke auch das Herrschaftsverhältnis, die Organgestaltung beherrscht. „Wir müssen," so schrieb Friedrich Naumann Ende September 1917, „die Lebensweisheit finden, wie gerade bei uns, im deutschen Stil und nach deutscher Art die Vielheit und die Einheit sich begegnen. **Dazu bedarf es nicht nur staatsrechtlicher Bestimmungen, sondern noch mehr einer volksstaatlichen Gesinnung, aus der heraus neue Rechte und Gewohnheiten quellen**" (vgl. auch F. J. Ruedorffer, „Grundzüge der Weltpolitik in der Gegenwart", 1914). Daß wir den volksstaatlichen Gedanken nicht hatten, das beweist am besten die theoretische Erdrückung des Rechts durch den Staat, die Vorherrschaft der staatlichen Willenstheorie, auf die sich diejenigen, die dem Rat der Volksbeauftragten „die gesetzgebende Gewalt" zusprechen wollen, stützen werden. Und deshalb mußten wir mit Erich Kaufmann, der die staatliche Willenstheorie bis zu ihren privatrechtlichen Konsequenzen durchdacht hat, beginnen, dann auf der einen Seite die äußere Normenentwicklung zeigen, die der nur noch formell erfaßten Normensetzung entspricht, auf der anderen Seite aber auch das materielle, „apriorische" Recht, das die Idee der Gerechtigkeit in sich trägt, sprechen lassen; das führte uns, da wir der geschichtlichen Entwicklung folgten, vor den Rat der Volksbeauftragten, dem die Idee des Volksstaats in den ersten Novembertagen auch noch nicht aufgegangen war, da er in dem Rechte eben nichts anderes erblickte als Normen, die das Regiment den Regierten setzt, und der sich als „neue Regierung" fühlte. Nun stehen wir vor dem Rate der Volksbeauftragten und berufen uns auf Gierke, Deutschlands größten Rechtslehrer dafür, daß Recht doch etwas

anderes ist als das, was Imperative heischen, als das, was die jeweils dekretierten Normen sagen, und daß das Recht, von dem hier die Rede zu sein hat, keine Willkür duldet, da es die Idee der Gerechtigkeit in sich trägt.

So kommen wir also wieder zu Erich Kaufmann zurück. Da wir ihm nicht unrecht tun wollen, so müssen wir zunächst darauf aufmerksam machen, daß vielleicht keiner unter den jüngeren deutschen Juristen die Lehre vom „Recht" für das innerstaatliche Recht so gut begründen könnte wie Erich Kaufmann, falls er das von seinem Koordinationsrecht Gesagte auf das „Subordinationsrecht" übertragen wollte. Es ist kein Zufall, daß er seine Schrift Otto von Gierke gewidmet hat, denn auch er geht (Clausula S. 128) wie Gierke (Privatrecht I, S. 26) von dem Unterschied zwischen Individualrecht und Sozialrecht aus. Aber während Gierke sagt, daß „Privatrecht alles Individualrecht sei und außerdem dasjenige Sozialrecht, das nicht durch einen staatsrechtlichen Satz dem öffentlichen Recht einverleibt ist", findet Kaufmann den Platz des Privatrechts nur im Sozialrecht. Für Kaufmann hat der Begriff des Individuums nur Sinn im Gegensatz zu und im Hinblick auf den Begriff „eines Überindividuellen, das das Individuum, will es wirkliches, d. h. weiter volles Individuum sein, zu entwickeln berufen ist". Dieses Überindividuelle ist bei ihm nicht das Soziale, die Gesellschaft, sondern „der Racker" Staat. Wir sagten weiter oben, daß diese Art, privatrechtliche Verhältnisse aufzufassen nur möglich ist wegen der einen Tatsache, daß fast alle unsere privatrechtlichen Normen in Kodifikationen enthalten sind, daß also der typische Gesetzesbefehl („verordnen im Namen des Reiches") den Gesetzestext einleitet. Der Umstand, daß die Geltung äußerlich auf staatlichem Willensakte beruht (die Form des Gesetzes), hat seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches unsere zivilrechtliche Wissenschaft auf das Erheblichste beeinflußt. Dies sei durch ein Beispiel klargestellt: v. Tuhr definiert das Rechtsgeschäft mit den Worten: „Rechtsgeschäft ist die gewollte und staatlich anerkannte Gründung, Änderung oder Aufhebung von subjektiven Rechten (Allg. Teil, II, § 50, S. 143 ff., 161)." Da haben wir den Begriff des „staatlich Anerkannten", den wir bekämpfen. Nun vergleichen wir damit die Motive zum BGB.: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Er-

folges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist" (I, S. 126). „Staatlich anerkannt" heißt es bei v. Tuhr, „Rechtsordnung" in den Motiven. In Rechtsordnung liegt wieder der materielle, aprioriſche Rechtsbegriff, im „ſtaatlich Anerkannten" der Gedanke an den ſtaatlichen Willensakt, an den Geſetzesbefehl. Von dieſen beiden Sätzen geht Walter Grau in ſeiner Diſſertation (Zum Problem der Bevollmächtigung. Emil Ebering, Berlin) aus. Ihn packt aber nicht der Satz der Motive, der von der Rechtsordnung ſpricht, ſondern der Gedanke an den ſtaatlichen Willensakt, und ſo fährt er fort:

„Eine Verteidigung und Begründung der Definitionsbeſtimmung, daß zum Rechtsgeſchäft die Schaffung ſubjektiver Rechte gehört, liegt außerhalb des Rahmens dieſer Arbeit. Innerhalb liegt die Bemerkung, daß ohne dies keine materielle Unterſcheidung möglich wäre zwiſchen der Schaffung objektiven und ſubjektiven Rechtes, daß eine Leugnung dahin führen muß, daß alle Willenserklärungen des Staates, ſoweit ſie nicht von jedem anderen auch vorgenommen werden könnten, ſo weit ſie alſo in ſeiner Herrſchaft begründet ſind, als objektives Recht, als Geſetz im materiellen Sinne zu betrachten ſind. Wenn aber Recht dann gleich den Regeln von der Entfaltung der ſtaatlichen Macht iſt, ſo ſcheint es mir auch keine privaten Rechtsgeſchäfte und ſubjektiven Rechte geben zu können, keine Rechtsverhältniſſe als Spannungszuſtände zweier Perſonen, als Befriedigungszuſtand der einen gegen die anderen, ſondern nur Eintreten der Regel, daß die ſtaatliche Macht dem einen etwas verſchafft. Nicht nur das Prozeßverhältnis muß dann nach Hellwig ∧ erſcheinen, ſondern es gibt dann keine . — .-Rechtsverhältniſſe, ſondern nur ein ∧-Haftungsverhältnis. Es wird hier von der Definition ausgegangen, nicht als ob ſie unanfechtbar wäre, ſondern um zu ſehen, ob dieſe Definition auch genügt, um die Erſcheinung der Vollmacht zu erfaſſen: damit, wenn das hier vorweggenommene Reſultat der Arbeit, daß eine Bevollmächtigung eine Änderung objektiven Rechts enthält, wirklich in der Konſequenz liegt, man entweder komme zu einer Scheidung von formellem und materiellem Rechtsgeſchäft, d. h. der Scheidung der privaten maßgeblichen Willenserklärung und der Änderung (Gründung, Aufhebung) in der Zuſtändigkeit und dem Beſtand ſubjektiver Rechte, oder dieſe Arbeit bei einer Neuunterſuchung des Begriffes Rechtsgeſchäft (Rechtshandlung) mitverwandt wird, zu der diejenigen Publiziſten verpflichtet ſein dürften, die den Unterſchied zwiſchen Geſetz im formellen Sinn und Rechtsordnung (Geſetz im materiellen Sinne = Rechtsſatz) leugnen."

Hätte Walter Grau gleich den Satz aus den Motiven genommen, in denen das Wort „Rechtsordnung" enthalten iſt und zwar in dem Sinn ſeines Schlußſatzes, ſo würde er ſich einen ganzen

Teil Mühe erspart haben. Aber das konnte er nicht; das zeigen die Hinweise auf die bedeutenden Juristen, die er im Text und in den Anmerkungen namhaft macht und die er nicht übergehen durfte: das sind Hellwig, J. Goldschmidt (Materielles Justizrecht, in der Festgabe für Hübler, S. 85) und wieder Erich Kaufmanns „Clausula".

Er hätte noch Binder (Rechtsnorm und Rechtspflicht, Leipzig 1912) und von der Trenck (Urteile mit rechtschöpferischer Kraft, Berlin 1912) hinzufügen können. Gerade von der Trenck quält sich mit der „staatlichen Verfügung über Privatrecht" (S. 10) und der „staatlichen Privatrechtsgestaltung" (S. 12) ab, er prüft den Primat zwischen der Staatspersönlichkeit, ihren Hilfspersonen und der einzelnen, natürlichen, mit dem normalen Rechtskreis des Individuums sich deckenden juristischen Person" und er gelangt (S. 139) unter Bekämpfung eines generellen Herrschaftsrechtes „zu einzelnen, aber elastischen Verfügungsrechten", verlangt aber, was für die spätere Darstellung wichtig ist, den Verzicht des Gesetzgebers auf diese Funktion, die er für die konstitutiven Justizakte postuliert (vgl. im übrigen die bei Grau zitierten). Inneren Zusammenhang hiermit weisen auch die Kormannschen Schriften „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910", ferner im Fleischmannschen Wörterbuch, III, S. 276 (vgl. auch die dort angegebene Literatur) auf. Die Formel „Monismus" kann für die Aufhebung des Dualismus zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Begriffen ganz gut gebraucht werden.

Walter Grau muß also, um zivilrechtlich arbeiten zu können, zunächst „unterstellen", daß es trotz der Entfaltung der staatlichen Macht bei der Entstehung des Rechtssatzes subjektive Rechte und private Rechtsverhältnisse geben kann.

Diese Lehre von der Bedeutung der staatlichen Macht bei der Entstehung des privatrechtlichen Rechtssatzes ist falsch. Sie denaturiert das Privatrecht.

Dabei ist zu betonen, daß es sich hier zunächst um die Entstehung des Rechtssatzes, nicht um die Verwirklichung der sich aus dem Rechtssatze ergebenden Ansprüche handelt. Wir haben schon weiter oben darauf hingewiesen, daß die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch (und zwar nicht nur an der oben erwähnten Stelle) von der Rechtsordnung sprechen. Und so ungern wir mit „Motiven" arbeiten, in diesem Falle wird uns die Entstehungsgeschichte des Gesetzes doch einiges zeigen. Im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches begann der Allgemeine Teil mit der Überschrift „Rechtsnormen" und es lauteten:

§ 1.

Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende

Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend.

§ 2.

Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf das Gewohnheitsrecht verweist.

Die Motive erläuterten diesen ersten Abschnitt „Rechtsnormen", gaben zunächst eine Definition des „bürgerlichen Rechts" als den „Inbegriff derjenigen Normen, welche die den Personen als Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in welchen die Personen als Privatpersonen untereinander stehen, zu regeln bestimmt sind." Dann sagen sie, daß die zum Zustandekommen eines privatrechtlichen Gesetzes maßgebenden Grundsätze dem Staatsrechte angehören, erklären hiervon ausgehend den im § 1 gebrauchten Begriff „Gesetz" und besprechen dann eingehend das Für und Wider in der Frage des Gewohnheitsrechts. In den Protokollen der zweiten Kommission (vgl. Mugdan, I, S. 568) ist dann weiter zu lesen, warum die §§ 1 und 2 gestrichen wurden (und es ist nicht uninteressant von dem dort gegen das Naturrecht geführten Hieb Kenntnis zu nehmen).

Da dieses Material für das Verständnis des Entwurfes verwertet werden darf, so ist für den Entwurf zunächst einmal festzustellen, daß der Entwurf

1. zwischen der Rechtsordnung, d. h. dem Materiellen, und der Form des Zustandekommens unterscheidet, was einem jedenfalls „für den Entwurf" verbietet aus der Form für den Inhalt Schlüsse zu ziehen;
2. daß der Entwurf bürgerliches Recht entstehen lassen wollte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist der große Vergleich, der die Verschiedenheiten auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes in den einzelnen Teilen des Deutschen Reiches und die sich aus ihnen ergebenden Rechtsungewißheiten beseitigen sollte. So ist das Bürgerliche Gesetzbuch gedacht, und müssen wir nun wirklich noch mehr sagen, vom gemeinen Recht, vom usus modernus, vom deutschen Privatrecht, vom Allgemeinen Landrecht, vom Code civil, von Bentham, von Savigny und von Thibaut sprechen? Ich meine, wir können hier schon abbrechen. Aber nicht unerwähnt wollen wir einen Ausspruch lassen, weil er zeigt, daß größere Juristen als der Verfasser dieser Schrift in die Notwendigkeit versetzt worden sind, dartun zu müssen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die privatrecht-

liche Rechtsordnung enthält. Theodor Kipp sagt in der Festschrift für F. von Martitz, 1911, S. 213 ff.: „Das ganze Bürgerliche Gesetzbuch ist privatrechtlich geschrieben". Mit diesem ebenso schlichten wie klaren Satz wollen wir uns bescheiden, und nur hinzufügen, daß wir damit nichts verlangen, als die Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus der Natur des bürgerlichen Rechts. Difficile est ...

Wir unterschieden schon weiter oben zwischen der Bedeutung der staatlichen Macht bei der Entstehung und bei der Verwirklichung der sich aus der privaten Rechtsordnung ergebenden Rechte und Ansprüche. Diese Verwirklichung kann durch privates Handeln geschehen (private Gestaltung, anspruchsgemäßes Tun oder Unterlassen, forderungsgemäße Leistung des Schuldners, zulässige Rechtsausübung usw.), in manchen Fällen muß, zum Teil weil die Verwirklichung durch privates Handeln vom Gegner nicht gewährt wird, zum Teil weil der Staat die Verwirklichung im ganzen oder zum Teil sich vorbehält, ein Staatsakt hinzutreten (vgl. Seckel, Gestaltungsrechte, S. 239): wir fassen den Hauptfall der staatlichen Verwirklichung ins Auge: es ist das Urteil. Wir wollen uns hier unter Hinweis auf H. Goldschmidts bedeutsame Arbeiten („Materielles Justizrecht", Festgabe für Hübler, 1905 und „zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht", Festschrift für Heinrich Brunner, 1914, S. 110) ebenfalls mit einem Worte Theodor Kipps bescheiden; Goldschmidt sagt selbst, daß Kipp das Wesen des materiellen Justizrechts so treffend und anschaulich charakterisiert hat, daß er (Goldschmidt) nichts Besseres tun zu können glaube, als Kipps Ausführungen wortgetreu zu wiederholen. Und so folgen wir Goldschmidts Beispiel. Kipp (a. a. O.) sagt von den Sätzen des materiellen Justizrechts:

„Sie folgen dem Inhalt des Privatrechts . . . Schritt für Schritt. Überall, wo das Privatrecht dem einzelnen eine Amtspflicht auferlegt, geht dem unausgesprochen zur Seite das Gebot an den Richter, auf Anruf in dem Sinne zu urteilen, wie es der privatrechtlichen Verpflichtung entspricht. Ist der Besitzer der fremden Sache verpflichtet, sie dem Eigentümer herauszugeben, so ist der Richter verpflichtet, den Besitzer als Beklagten zur Herausgabe zu verurteilen . . . Es ist gleichgültig, ob die Vorschrift eines Gesetzes in ihrer Fassung als Gebot an den Rechtsuntertanen oder als Gebot an das Staatsorgan erscheint. Den Geboten der einen Art sind ohne weiteres die entsprechenden Gebote der anderen Kategorie zu entnehmen, ohne daß es eines besonderen Ausspruchs bedarf. Das ganze Bürgerliche Gesetzbuch ist privatrechtlich geschrieben; sein ungeschriebenes Spiegelbild sind die entsprechenden justizrechtlichen Vorschriften. Als Justizrecht ist es weder Privat-

recht noch Prozeßrecht. Das Prozeßrecht ergibt, wie das Urteil zu finden ist, nicht welcher Inhalt ihm zu geben ist. Das Privatrecht bestimmt, was der Private seinem Nebenmann schuldig ist; das Justizrecht bestimmt als eine Begleiterscheinung des Privatrechts den Inhalt des richterlichen Urteils."

Auch die Privatrechtsverwirklichung ist nicht „Macht"-Ausübung durch den Staat, sondern Rechtsprechung durch den Richter. Wer etwas Liebe für Sprachliches hat, dem sei die Lektüre von Grimms deutschem Wörterbuch zu den Worten „Recht", „Gerecht", „Richten" und „Richter" usw. empfohlen. Das wird ihm die Gedanken an die staatliche Macht bei der Rechtsprechung etwas vertreiben und ihn der Lehre von der Ebenbürtigkeit des Rechtes und des Staates geneigter machen. Es wird ihn dies auch weiter dazu führen, die Auffassung des Richters als „Subsumtionsmaschine" unnatürlich zu finden. Indes sei in diesem Zusammenhange schon bemerkt, daß die große Bedeutung des „materiellen Justizrechts", das Goldschmidt formuliert hat, darin liegt, daß es Recht und Richter, die zusammengehören, auch in der Theorie wieder zusammenführt. (Anm. 1 und 2.)

Anmerkung 1. Das sei auch Nelson gegenüber hervorgehoben. Nelsons Schrei nach dem „Recht" in der Rechtswissenschaft wäre vielleicht weniger schrill erklungen, wenn er sich in die freirechtliche und freirichterliche Literatur vertieft hätte. Weiß denn Nelson nicht, warum der Rechtsbeistand bei uns Rechtsanwalt heißt und hat er sich noch nie die Frage des Zusammenhangs zwischen Recht und Gericht, zwischen Gericht und Gerechtigkeit vorgelegt? Auch kann die Methode, die Nelson benutzt, nicht als der Idee der Gerechtigkeit dienlich erscheinen. Daß er Radbruch bitter Unrecht tut, hebt v. Liszts Kritik schon hervor, ebenso daß er sich bei v. Liszt selbst aus einem Teil der v. Lisztschen Lehren herausgesucht hat: Der Richter hat den vollen Tatbestand zu benutzen. In Gierkes Privatrecht hat er keine Souveränitätslehre vermutet, die Gierkesche Lehre kennt er wohl nicht. Stammler ist ihm u. a. entgangen. So anregend Nelsons Ausführungen sind, die Schrift als Ganzes steht einem ungerechten Urteil gleich. Wenn ich ihm einen Rat geben darf, so wäre es dieser: er soll sich einmal die Juristen heraussuchen, die das gesamte Privatrecht auf den Vollstreckungstitel hin durchdenken und die bei Leistungsurteilen nur an den Gerichtsvollzieher denken. Wenn er gegen diese Juristen angeht, dann hat er recht. Denn bei diesen Juristen geht die Idee der Gerechtigkeit verloren, und es wird der Richter zum Gehilfen des Gerichtsvollziehers.

Anmerkung 2. Auch der Begriff der „Subsumtionsmaschine" verdankt seine Einführung in die Rechtswissenschaft der Überschätzung des formellen Gesetzbegriffs. Der Richter „ist dem Gesetz unterworfen", lautet die übliche Formulierung der richterlichen Gewalt und daraus wird dann gefolgert, wie es in dem oben Laband entnommenen Zitat ausgedrückt ist, daß die rechtliche Entscheidung nichts ist als ein logischer, vom Willen unabhängiger Schluß. In der ebenfalls sich bei Laband findenden Formulierung, die „rechtliche Entscheidung

Was haben wir nun mit diesen Ergebnissen für unser Auftreten vor dem Rat der Volksbeauftragten gewonnen?

Wir haben zunächst einen Teil des innerstaatlichen Rechts, das Privatrecht, der Subordinationsordnung entzogen, die uns Kaufmann geschildert. Das Privatrecht hat mit Kommandogewalt nichts zu schaffen. Dieser Satz hat schon im Polizeistaat gegolten.

Wir dürfen aber beim Privatrecht nicht stehen bleiben. Wir haben bisher von „Recht" und „Rechtsordnung" gesprochen und müssen zu diesen Begriffen Stellung nehmen. Wie schon oben angedeutet, gehen wir von der Gierkeschen Rechtslehre (vgl. Deutsches Privatrecht I, S. 112; „Das Recht und der Krieg", Gruchot 1915, Bd. 59, S. 1ff.) aus und entnehmen ihr folgende Sätze:

> „Rechtssätze sind Normen, die nach der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft, das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen". Dazu ferner als Einzelheiten: „Das Recht ist an sich selbst eine Macht, aber nur eine innere, nicht eine äußere Macht, darum bedarf es zu seiner Vollendung einer organisierten Macht, die sich in seinen Dienst stellt. Diesen Dienst leistet ihm vor allen Dingen der Staat, indem er die Befolgung des Rechts befiehlt und soweit sein starker Arm reicht, diesem Befehl Gehorsam verschafft. Dafür dient dem Staat wiederum das Recht, indem es alle seine Ordnungen durchdringt und durch die Erhebung von Machtverhältnissen zu Rechtsverhältnissen festigt. Hieraus erwächst zugleich Herrschaft des Staates über das Recht und Herrschaft des Rechts über den Staat, wobei sehr ungleichartige Gebietsabtrennungen möglich sind. Immer aber bleiben Recht und Staat zwei selbständige Lebensmächte .... Recht und Staat sind einander ebenbürtig und miteinander gereift. Sie sind auf gegenseitige Ergänzung hingewiesen, aber sie decken sich nicht, sondern haben ihre eigenen Reiche. Darum können auch das Recht und die organisierte Macht, so erwünscht ihre Harmonie ist, einander feindlich gegenübertreten. Macht ist nicht Recht: es gibt rechtlose Macht. Es gibt auch machtloses Recht. Allein auf die Länge erträgt das menschliche Bewußtsein solchen Zwiespalt nicht. Indem die Macht, die sich behauptet, zuletzt als Recht empfunden wird und das Recht, das sich nicht durchsetzt, allmählich abstirbt, stellt sich die Einheit wieder her."

---

bestehe in der Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht", läßt der Begriff „Recht" die Möglichkeit einer richterlichen Freiheit offen. Freilich ist die Auslegung nicht im Sinne Labands, der das objektive Recht = logischer Obersatz setzt, wohl liegt sie im Sinne des Rechts, von dem wir sogleich sprechen werden. Die Überwertung der Form des Gesetzes zuungunsten des materiellen Rechts, das ist die große Mauer, durch die der Obrigkeitsstaat (namentlich im Kriege) das Volk vom Recht abgesperrt hat.

„Das Recht ist erklärte Überzeugung einer Gemeinschaft ... Der Born des Rechts ist der Gemeingeist. Zur Rechtserzeugung befähigt ist jede organische Gemeinschaft. Zur Rechtserzeugung befähigt ist im erhöhten Maße die organisierte Gemeinschaft: vor allem der Staat als organisierte Volksgemeinschaft, aber auch die Kirche, die Gemeinde, jede Genossenschaft."

„Das Recht ist eine spezifische Funktion des Gemeinschaftslebens. Es läßt sich aus keiner anderen Funktion ableiten und in keine andere auflösen, sondern steht ihm allein als ein eigenartiges Geistesgebilde selbständig gegenüber. Sein Ursprung fällt mit dem Ursprung des Menschen selbst zusammen. Der Mensch konnte nicht Mensch sein, ohne daß sich in ihm selbst der Rechtstrieb regte. Der Rechtstrieb zielt auf die Verwirklichung einer einfachen und nicht weiter zerlegbaren Idee des Menschengeistes: der Idee des Gerechten. Sie ist wie die Idee des Wahren, Guten oder Schönen nur mit sich selbst vergleichbar und trägt in sich selbst ihren Wert. Darum ist der oberste Zweck aller einzelnen Rechtsnormen die Verwirklichung der Gerechtigkeit, das Recht im ganzen ist als verwirklichte Gerechtigkeit zunächst sich selbst Zweck ... Wird es zum bloßen Mittel herabgesetzt, wird die Idee des Gerechten in den Begriff des Nützlichen aufgelöst und die äußere Nützlichkeit als einziger Maßstab der Rechtssätze anerkannt, so wird ein so entwertetes Recht bald auch als Mittel sich untauglich erweisen und seine Kulturaufgabe nicht mehr lösen."

„Das Recht ist... Funktion eines einheitlichen Gemeinlebens und steht daher mit den übrigen Funktionen dieses Gemeinlebens im Verhältnis gegenseitiger Wechselwirkung."

Nur in einem Punkte weichen wir von Gierke ab. Von dem obersten Zwecke aller einzelnen Rechtsnormen, der Verwirklichung der Gerechtigkeit ausgehend, bestreiten wir zwar nicht, daß das „Recht im ganzen als verwirklichte Gerechtigkeit zunächst sich selbst Zweck ist", wir halten es aber weiter, damit das Recht ein Ganzes sei, für erforderlich, daß jede Rechtsordnung die äußere Rechtsverwirklichung und damit die Verwirklichung der Gerechtigkeit sichert. Und wenn wir von der Ebenbürtigkeit zwischen Recht und Staat ausgehen, so sehen wir in einem (unabhängigen) Richtertum (den Begriff im weitesten Sinne genommen) ein Doppeltes: ein notwendiges Organ des Rechtes zwecks Verwirklichung des Rechtsgedankens im Sinne der Gerechtigkeit, und auf der anderen Seite ein Organ, das die Gemeinschaft schafft, um dem Rechte die Verwirklichung des Rechts in Gerechtigkeit zu ermöglichen.

Nur der Staat ist Volks- und Rechtsstaat zugleich, in dem Normen bestehen, die nach der erklärten Überzeugung der Volksgenossenschaft das freie menschliche Wollen äußer-

lich bestimmen und in dem die gerechte Verwirklichung dieser Rechtssätze durch unabhängiges Richtertum gesichert ist.

Das Richtertum ist bei Gierke enthalten in dem Begriffe des „Rechts als Ganzem". Geht man aber von den Rechtssätzen als der Summe der einzelnen Normen aus, so muß sich das Richtertum aus diesen Normen herausheben, da es in Anwendung der Rechtssätze der Verwirklichung der Gerechtigkeit zu dienen bestimmt ist und keine andere Funktion hat als gerade diese. In unbedingter Weise soll das Recht wirken und das kann es nur im Richtertum. Auch bei der Gestaltung des Contrat social im weitesten Sinne (Rechtsetzung) wie bei dem Handeln des Einzelnen, des rechtlich Denkenden, des Rechtschaffensten wirkt der Imperativ der Rechtspflicht im Sinne des Rechtssinns oder Rechtstriebes, aber die Erfahrung lehrt uns, daß der Imperativ hier ein hypothetischer ist (oder sein kann und darf), verbunden mit dem „Wenn" der Klugheit oder Glückseligkeit, das den einzelnen zur Überzeugung führt. Nur beim Richter gibt es dem Rechte gegenüber kein „Wenn", die Verwirklichung des Rechts im Sinne der Gerechtigkeit bestimmt sein Wollen unbedingt, kategorisch. Das ist der Sinn des Richtereides und das Wesen der Richterpflicht, für die der Richter mit seinem Eide einzustehen hat. Das Recht wird „positiv" durch die (abstrakte) erklärte Überzeugung der Volksgenossen, der Richter hat dieses Recht für den einzelnen Fall zu verwirklichen.

Welche Bedeutung hat der Gesetzbefehl?

1. Die Rechtsüberzeugung der Volksgenossen äußert sich in der Form des Befehls: die Überzeugung, die einem „Wenn" entsprungen sein mag, duldet als Überzeugung der Gemeinschaft ein „Wenn" des einzelnen Genossen nicht. Die Willensbildung innerhalb der Genossenschaft (die jeder konstitutionelle Staat darstellt), vollzieht sich in der Regel in der Weise, daß der Willenserklärung einer Mehrheit der Wille einer bei der Normierung mitwirkenden Minderheit gegenübersteht, und es pflegt Gemeinschaftsnorm zu sein, daß (bis auf Ausnahmefälle) der Wille der Mehrheit den Inhalt der Erklärung bestimmt. Dadurch, daß alle, die an der Willensbildung beteiligt sind, eine Gemeinschaft bilden, ergibt sich für die Minderheit als Norm die Unterwerfung unter den Mehrheitswillen, wie für die Fälle, in denen Einstimmigkeit erfordert wird, das gleiche Gesetz der Unterwerfung für die Mehrheit gilt. Fehlen Normen über die Unterwerfung in den hier erwähnten und ihnen ähnlichen Fällen, so ist die Gemeinschaft unorganisiert. Und gilt diese Unterwerfungspflicht für die einzelnen, welche die Normen setzen, so hat sie um so mehr für die übrigen Volksgenossen zu gelten, denn diesen ist der Gesetzgeber (im weitesten Sinne) Organ des Gemeinschaftswillens, und sie würden ihre eigene Gemeinschaft desorganisieren, wenn sie ihm das Wollendürfen bestritten.

2. Dies ist die Bedeutung des Gesetzesbefehles für den Volksgenossen. Für den Richter gilt folgendes: Der Gemeinschaftswille regelt gewöhnlich „eine Vielheit gleichartiger Tatbestände durch identische Norm in Gestalt der Rechtsregel". „Die Rechtssätze sind nach der Natur des Rechtes zunächst abstrakte Sätze. In dem abstrakten Satz schlummern konkrete Normen für die einzelnen von ihnen umspannten Fälle. Die Aufforderung der konkreten Norm für

einen gegebenen Fall ist Sache der Rechtsanwendung ... Die konkrete Norm ist nicht bloß logisches Ergebnis, sondern lebendige Entwicklung des Rechtssatzes" (Gierke a. a. O. S. 123). Für den Richter bedeutet der Gesetzesbefehl die Pflicht bei der Rechtfindung in dem Sinne des Rechtssatzes zu urteilen, wobei für die richterliche Rechtsanwendung (im Gegensatz zur privaten Rechtsanwendung im Sinne der Rechtsbefolgung) immer hervorzuheben ist, daß sie eine Verwirklichung der Gerechtigkeit zu sein hat.

Welche Teile dieses innerstaatlichen Rechtes sind dem Willen des Rates der Volksbeauftragten unterworfen?

Darauf kann es nur eine Antwort geben: **Kein einziger.** Alles Recht wurzelt in der Gemeinschaftsordnung. Es mag Befehle geben, Zwang, Kommandogewalt, aber alles das hat mit Rechtsetzung und mit Rechtsanwendung nichts zu tun. Und zum Rat der Volksbeauftragten sprechen wir:

„Das Volk soll kämpfen um sein Recht wie um seine Mauer", sagt Heraklit, der Lehrer Eures Lehrers Lassalle.

„Beide sind tot."

„Aber das Recht lebt."

„Auch das unrichtige Recht?"

„Wer den Inhalt eines bestimmten Rechtes für unrichtig erklärt, sagt damit nicht, daß dieses Recht nicht gelte; und falls jemand einem mangelhaften Rechtszustand das gegenüber stellt, was in dieser besonderen Lage grundsätzlich richtig sein würde, so ist noch keineswegs behauptet, daß dieses als richtig Eingesehene bereits in rechtlicher Geltung stände" (Stammler).

„Und die gesetzgebende Gewalt?"

„Im alten Staat ist durch Betonung des formellen Gesetzes die Idee des Rechts betäubt worden. Der Schrei Eurer Revolution hat auch diesen Schläfer geweckt. Gesetzgebende Gewalt ist immer rechtssetzende Gewalt. Im Volksstaate kann man nur vom Volk zum Träger des organisierten Volkswillen, niemals vom Willen Einzelner zum Volksrecht ohne Volkswillens gelangen. Sonst ist der Volksstaat ohne Volk. Eure gesetzgebende Gewakt ist juxtajuristisch."

„Bessere Juristen als Du haben gesagt, daß wir die gesetzgebende Gewalt besitzen."

„Auch von der Idee einer Maschine, die nicht mehr existiert, kann man besessen sein. Man kann aber solche Idee nicht im Rechtssinne besitzen. Das gehört in die Lehre des ‚Als ob', der Fiktion."

„Wir müssen handeln, wenn das Volk in Not ist. Das ist unsere Pflicht und deshalb Recht. Willst Du dieses unser Recht machtlos machen, so ist das Recht, von dem Du sprichst, rechtlose Macht."

„Jetzt sprecht Ihr nicht mehr in Fiktionen und da fangen wir an, uns zu verstehen."

Es bleibt noch eine Möglichkeit übrig: nämlich die, vom Willen der Träger der Revolutionsgewalt durch den Volkswillen zum Rechte zu gelangen. Die Frage, von der wir ausgingen: „Können die Träger der Revolutionsgewalt die gesetzgebende Gewalt ausüben?" stammte aus dem Gedankengange der überwundenen romanistischen staatlichen Korporationstheorie. Die Idee der über Volk und Wolken schwebenden „gesetzgebenden Gewalt" gehört nicht ins Rechtsleben. Die Frage mußte in dieser Form aufgeworfen werden, weil sie Hunderte von Malen in dieser Weise formuliert worden ist. Wir wollen diese Frage, da sie verneint werden muß, streichen und nunmehr fragen: In welcher Weise kann sich im deutschen Volksstaat unter der Revolutionsgewalt Recht entwickeln?

Kapitel III.

Von der Regierungsgewalt des Rates der Volksbeauftragten.

Am 9. November 1918 wurde unmittelbar nach der Verkündung der Republik folgende Extraausgabe des „Vorwärts" unter die Volksmenge verteilt:

„Arbeiter, Soldaten, Mitbürger!

Der freie Volksstaat ist da!

Kaiser und Kronprinz haben abgedankt!

Fritz Ebert, der Vorsitzende der sozialdemokratischen Partei, ist Reichskanzler geworden und bildet im Reiche und in Preußen eine neue Regierung aus Männern, die das Vertrauen des werktätigen Volkes in Stadt und Land, der Arbeiter und Soldaten haben. Damit ist die öffentliche Gewalt in die Hände des Volkes übergegangen. Eine verfassunggebende Nationalversammlung tritt schnellstens zusammen.

Arbeiter, Soldaten, Bürger! Der Sieg des Volkes ist errungen, er darf nicht durch Unbesonnenheiten entehrt und gefährdet werden. Wirtschaftsleben und Verkehr müssen unbedingt aufrecht erhalten werden, damit die Volksregierung unter allen Umständen gesichert wird.

Folgt allen Weisungen der neuen Volksregierung und ihren Beauftragten. Sie handelt im engsten Einvernehmen mit den Arbeitern und Soldaten.

Hoch die deutsche Republik!

Der Vorstand der Sozialdemokratie Deutschlands.
Der Arbeiter- und Soldatenrat.

Der Hinweis auf die „Arbeiter und Soldaten" vom 9. November 1918 fand in der Mitunterschrift des „Arbeiter- und Soldatenrates" seine Erklärung. Es scheint, daß der später (in der Nacht vom 12. zum 13. November) verschwundene Aktionsausschuß zunächst gemeint war, der in der zweiten Extraausgabe des „Vorwärts" vom 9. November („Der Kaiser hat abgedankt") als „Der sozialdemokratische Arbeiter- und Soldatenrat" bezeichnet worden war. Am Sonnabend den 9., abends, beschlossen die „landesgewählten" A.- und S.-Räte, daß sämtliche Arbeiter (einschließlich der Angestellten) am nächsten Tage, den 10. November, desgleichen sämtliche Soldaten Arbeiter- bzw. Soldatenräte zu wählen hätten und daß Sonntag, nachmittags 5 Uhr, die so gewählten A.- und S.-Räte ihrerseits im Zirkus Busch „die provisorische Regierung" zu wählen hätten. So entstand am 10. November nachmittags „der Vollzugsrat" (26 Gewählte). An demselben Sonntag kam nachts die Einigung zwischen den „Mehrheitssozialdemokraten" und den „Unabhängigen" zustande und aus dieser Einigung entstand die „Reichsregierung" und der Rat der Volksbeauftragten. Nach dem Reichsanzeiger (wir zitieren immer aus dem Reichsanzeiger = RA.) vom 12. November unterschreibt Ebert noch am 9. November wie am 10. November als „Reichskanzler". Am 9. November spricht er (wie in der dritten Extraausgabe des „Vorwärts") in seinem „Aufruf" von der Übernahme der Geschäfte durch die „neue Regierung"; am 10. November warnt er als Reichskanzler die Arbeiter- und Soldatenräte vor Störung der Bahntransporte; am 11. November heißt es nicht mehr „Der Reichskanzler", sondern „Die Reichsregierung". Im RA. vom 13. November tritt in dem Aufruf an die deutsche Landbevölkerung zur Selbstorganisation zum ersten Male „Der Rat der Volksbeauftragten" mit den sechs Namen hervor, während bei der Bezeichnung „Reichs-

regierung" regelmäßig nur die Unterschriften der beiden Führer der vereinigten Sozialdemokraten (Ebert, Haase) hervortreten. Es ging offensichtlich die Einigung dahin, die Reichskanzlergeschäfte Ebert-Haase zu übertragen, während die anderen Volksbeauftragten ihren besonderen Geschäftskreis erhielten. Professor Waldecker mißversteht den Aufbau, wenn er (Juristische Wochenschrift, 1918, Dezember) von einem doppelten Ausbau der Republik und von zwei Revolutionen spricht. Die Führer der Revolution waren geschulte Demokraten und wußten sehr wohl, daß ihre demokratische Vergangenheit ihnen nicht erlaubte, „von oben nach unten" zu denken, sondern daß sich das Ganze von „unten nach oben" aufzubauen hatte. Deshalb erblickten sie in den A.- und S.-Räten die Selbstorganisation des Volkes, der Arbeiter wie der Soldaten, und deshalb betrachteten sie die A.- und S.-Räte als Organgestaltung. Das geht ganz klar aus dem im RA. vom 12. November veröffentlichten Erlaß, betreffend Schutz der Kohlenwirtschaft vom 11. November, hervor, in dem Ebert-Haase sagen: „Die Arbeiter- und Soldatenräte, überhaupt alle durch den Übergang der Regierungsgewalt in die Hände des Volkes entstandenen politischen Organe werden aufgefordert, in die bestehende Organisation der Kohlenwirtschaft nicht einzugreifen, sondern deren etwa erforderliche Umgestaltung der zentralen Volksregierung zu überlassen" (vgl. auch die Flugschrift des „Vorwärts": A.- und S.-Räte, „Was sie können und was sie nicht können"). Wenn eine Tendenz der neuen Regierung deutlich geworden ist — Ebert hat sie bei dem Truppenempfang klar ausgesprochen —, so war es die der genossenschaftlichen Selbstorganisation. Der Rat der Volksbeauftragten wollte seine eigene organische Entwickelung aus dem Volke heraus, und gerade dies Bestreben war es, was einmal den Gegensatz zu dem „Berliner Institut", dem Vollzugsrat, schuf und sodann zum Kongreß vom 16. Dezember 1918 führte. Das Kabinett „Ebert-Haase" als Diktatur zu bezeichnen, wie Waldecker es tut, ist unrichtig. Diktatur war sie weder dem Willen noch dem Wesen nach, aber sie erhielt den Schein der Diktatur durch ein Moment, das weder aus der Natur des Rates der Volksbeauftragten noch aus dem des Vollzugsrates folgte. Am 10. November war in der Einigung der beiden sozialdemokratischen Richtungen beschlossen worden, die Ressortminister als technische Bearbeiter beizubehalten, sie aber grundsätzlich nicht in die provisorische Regierung hineinzunehmen. Der erste Erlaß, den

die Regierung Ebert-Haase als „Reichsregierung“ veröffentlichte (RA. vom 12. November), lautete: „Die Staatssekretäre und die Chefs der Reichsbehörden sind von der Reichsregierung mit der vorläufigen Weiterführung der Geschäfte beauftragt.“ Dadurch, daß Vertrauensmänner der Reichsregierung gleichzeitig in die Reichsämter usw. als Unterstaatssekretäre geschickt wurden, sollte wohl die innere Verbindung mit der neuen Regierung hergestellt werden. Vielleicht war das Ganze organisch gedacht im Sinne des Spencerschen Gesetzes der physiologischen Integration, welches besagt, daß „entsprechend dem Grad ihrer Differenzierung die einzelne Zelle zu einem unselbständigen und abhängigen Teil einer übergeordneten Lebenseinheit wird“ (vgl. Hertwig, Allgemeine Biologie, S. 481). Aber dann hatte man sich geirrt und war zu einer Fiktion gelangt, nämlich zu der, sich ein der Bausteintheorie angehöriges Aggregat als eine biologische Verbindung von Zellen, die zu Teilen eines Organismus geworden sein sollten, umdenken zu wollen (vgl. Hertwig S. 436). Das Körperliche war hier das Wichtige. Das Gegenständliche, die Gebäude, die Registraturen, die Akten, die Journale, der in den Dingen verkörperte Geschäftsgang, alles dieses war dem Volksstaat wesensfremd, denn es war dinglich organisierte Obrigkeitstaatlichkeit, Obrigkeitstaatlichkeit erhöhter Erscheinungsform, wie sie der Krieg eben gesteigert hatte. Nicht nur die Menschen, auch die Dinge können ihr Eigenes haben, und wo Akten bestehen und Journale, da wird der Mensch, wenn er sich in ihre Organisation einlebt, verdinglicht. Es ist charakteristisch, daß bei den militärischen Dienst- und Befehlsstellen die Befugnisse an der Stelle haften und nicht am Dienstgrade, und es ist ferner bezeichnend, daß beim Militär zuerst „die Division“, „das Generalkommando“, „das Gouvernement“ aufgestellt oder errichtet wird („nach anliegendem Stärkeverzeichnis: 1. ‚Ein‘ Gouverneur ...“) und daß in die Stelle der Mensch eingesetzt wird. Und wenn Gemeinplätze besagen, daß jeder Beamte zu ersetzen sei, oder daß der Herr, wem er ein Amt gibt, auch den Verstand gibt, so liegt dahinter immer derselbe Gedanke. Am allerfeinsten drückt es die Sprache aus — die nun einmal viel klüger ist als der Mensch —, wenn sie sagt, daß der Mensch ein Amt „bekleidet“. Die Vertrauensmänner der Volksbeauftragten hätten, wenn sie auf die Beamten (das Wort „der Beamte“ ist die alte, gekürzte Form des participium praeteriti — munere fungens — vgl. Grimm, I, S. 1206) schimpfen wollten, unrecht; die Herren würden sich im

Rechtsgebiet irren und sie müßten vom Personenrecht ins Sachenrecht verwiesen werden. Jedes Gebäude besteht aus Bausteinen, aber die Bausteine hören, wenn einmal ein Gebäude errichtet ist, auf, Fungibilien zu sein, sie bilden alle zusammen ein Ganzes, und diesem Ganzen sind Linie wie Stil zu entnehmen. Und die Staatsgebäude zwischen Leipziger Straße und Unter den Linden weisen noch ganz andere Besonderheiten auf als die eben erwähnten: Sie sind alle miteinander verbunden und in diesem Verbande herrscht Arbeitsteilung, und sie sind nicht nur untereinander verbunden, sie sind ihrerseits wiederum verbunden mit vielen anderen Staatsgebäuden auch insbesondere außerhalb Berlins in München, Dresden, Leipzig, Stuttgart, Karlsruhe, Hamburg usw. Und tausendfach sind die Verbindungen zwischen diesen Gegenständen, und es kann sein, daß diese vielen Gebäude untereinander zum Aggregat werden und ein neues Ganzes, ein größeres Gebäude bilden. Und wer das Reichsgebäude mit seinen Grundsteinen, Grundmauern, Eckpfeilern usw. nur als einen Vergleich empfindet, der mag, damit er das Reichsgebäude körperlich begreife und das Wesen des so begriffenen Ganzen empfinde, an ein anderes Gebäude denken, bei dem die Sprache das Architektonische stets beibehalten hat: das ist „die Kirche".

Daß die Revolutionsgewalt, als sie sich zum ersten Male „Reichsregierung" nannte, die von ihr vollzogene Okkupation der Reichsämter meldete (RA. vom 12. November 1918), kann Zufall, kann aber auch Instinkt gewesen sein. Denn nur durch diese Inbesitznahme konnte sie Reichsregierung werden. Aber wenn sie dies sein und bleiben wollte, dann mußte sie den im Reiche verhaßten Berliner Impetus dem Geiste des Reiches anpassen. Und wenn Ferdinand Lassalle noch den Sieg seiner Genossen erlebt hätte, dann hätte er ihnen vielleicht aus seinem Werke, der „Philosophie Herakleitos des Dunklen von Ephesos" (E. Schirmer, Leipzig) einiges erzählt: vom „*πάντα ῥεῖ*" und davon, daß sich diese ewige Weltbewegung bei Heraklit im *πῦρ*, im Feuer, darstellt. Das hätte revolutionär geklungen. Dann hätte er ihnen auch vom heraklitischen Logos sprechen müssen und davon, daß bei „Heraklit das Feuer unter dem Logos stehe, daß es *κατὰ τὸν λόγον*, nach dem Logos wirke, oder wie wir sagen würden, „vernunftgemäß" (Friedrich Max Müller). Und das „*τὸ πῦρ κατὰ τὸν λόγον*" hätte wie eine Warnung geklungen, wie eine Mahnung an die Reichseinheit, an

den Logos des Deutschtums. Wer dieser Weisung folgen wollte, der mußte immer den Weg zu den Reichsämtern wandern. An deren Eigenart durften die einzelnen nichts ändern, weil dies die deutsche Volksgenossenschaft als Berliner Dreistigkeit empfunden hätte. So kam es denn, daß die Berliner Revolutionsgewalt, als sie Reichsregierung wurde, die okkupierten Reichsämter in ihrer Eigenart intakt zu lassen hatte. Diese Eigenart war aber die Linie und der Stil des Obrigkeitsstaates. Es ergab sich ein merkwürdiges Bild. Oben: der Rat der Volksbeauftragten als Dach, darunter einmal die alte obrigkeitsstaatliche Fassade und weiter unter demselben Dach der werdende Volksstaat in selbstgewollter Organisation mit noch linkischen, täppischen Organen, den A.- und S.-Räten und dem Berliner Vollzugsrat. Das Ganze aber in seiner architektonischen Zusammenfassung von Gebäude und Gerüst hieß und mußte heißen: „die provisorische Regierung".

Daß sie provisorische Regierung sei, hatte sie selbst erkannt. Daß sie nur provisorisch und gar nicht Regierung sei, sagte ihr der Vollzugsrat. Der Berliner Vollzugsrat wollte das eigentliche höchste Organ der A.- und S.-Räte sein, und nur die A.- und S.-Räte sollten die eigentliche Organbildung im Reiche darstellen; große, für die Volkskultur bedeutsame Teile des Volkes sollten also ausgeschaltet werden. Dem Vollzugsrat wurde entgegengehalten: Der Gedanke an die deutsche Einheit verlangt eine gleichmäßige Beteiligung aller Deutschen an der Organbildung, ein Willensorgan der Volksgemeinschaft, die Nationalversammlung. Ferner: Der Gedanke an die Revolution verlangt, daß die Einberufung der Nationalversammlung selbst als Wille der in revolutionärem Handeln zusammengeschlossenen, aber über ganz Deutschland verteilten Volksgenossen in die Erscheinung tritt. Der Vollzugsrat ist „Berlin" und nicht Deutschland. So ging es zwischen Vollzugsrat und dem Rat der Volksbeauftragten hin und her. Der Vollzugsrat war das Reichsamt für die A.- und S.-Räte, und die A.- und S.-Räte waren die Träger der revolutionären Bewegung, jedenfalls in Berlin und auch an einigen Orten außerhalb Berlins: Und dieses im früheren Herrenhause wirkende „Reichsfeueramt" erließ Verordnungen wie die anderen Reichsämter, unterschrieben von Molkenbuhr und Richard Müller („Nur über meine Leiche"):

1. Am 15. November 1918 (RA. vom 16. November) über die Neuordnung der Kommandoverhältnisse, „das Kriegsministerium sowie alle

Reichsbehörden unterstehen der Kontrolle des Vollzugsrates des Arbeiter- und Soldatenrates".

2. Am 16. November 1918 (RA. vom 18. November 1918) über das Recht der Arbeiterräte bzw. -Ausschüsse. „Diesen Ausschüssen steht das Kontroll- und Mitbestimmungsrecht über alle aus dem Produktionsprozesse entstehenden Fragen zu."

3. Die Verordnung vom 18. November 1918 (RA. vom 19. November 1918) über die Entlassung von Mannschaften bzw. die Löhnung von weiterbeschäftigten Mannschaften ist vom Plenum des Rats der Volksbeauftragten und dem „Vollzugsrat des Ausschusses des A.- und S.-Rates" gezeichnet. Dieselbe Nummer des Reichsanzeigers enthält die Bekanntmachung betr. die Bestattung der Revolutionskämpfer, gezeichnet vom „Vollzugsrat des Arbeiter- und Soldatenrates".

4. Unter dem 19. November 1918 (RA. vom 21. November 1918) wendet sich der Berliner Vollzugsrat mit einem Dankerlaß an alle: „Der Vollzugsrat des Berliner A.- und S.-Rates ist außerstande, auf die brüderlichen Grüße, die ihm aus allen Teilen Deutschlands und der Welt zukamen, einzeln zu danken. Er tut dies auf diesem Wege, indem er tief bewegt diese Grüße erwidert."

5. Dieselbe Nummer bringt die feierliche Vollmacht des Oberleutnant Walz „zur Übernahme der verantwortlichen Zeichnungen des Kriegsministers", ausgestellt durch den Vollzugsrat, und den „Erlaß des Mitgliedes des Vollzugsrates des A.- und S.-Rates Walz bei Übernahme seiner Geschäfte".

6. Am 22. November 1918 wird eine Mahnung zur geordneten Abwicklung der Demobilisation veröffentlicht (RA. 23. November 1918).

Am 23. November 1918 (veröffentlicht im Reichsanzeiger vom 25. November), wendet sich der „Vollzugsrat des Arbeiter- und Soldatenrates Groß Berlin" an die Arbeiter- und Soldatenräte Deutschlands. Es heißt hier: „Der Vollzugsrat der Groß Berliner Arbeiter- und Soldatenräte maßt sich ... keine Diktatur über die Arbeiter- und Soldatenräte Deutschlands an." Dann folgt der Vorschlag der Delegiertenversammlung zum 16. Dezember 1918 in Berlin. Mit unterzeichnet wird „für die Ostfront". (Dieselbe Nummer bringt die Richtlinien über die Betriebsräte vom 23. November 1918, die Unterschrift weist den Zusatz „Groß Berlin" auf.)

Von demselben Tage (23. November 1918) ist der einen Tag später veröffentlichte „Aufruf des Vollzugsrates des A.- und S.-Rates Groß Berlin und von Delegierten Badens und Bayerns an die Arbeiter- und Soldatenräte Deutschlands" (RA. vom 26. November). Der Aufruf beginnt mit den Worten: „Der Vollzugsrat des Groß Berliner Arbeiter- und Soldatenrates hat nach Verständigung mit den Volksbeauftragten des Reichs und Preußens diesen

die exekutive Regierungsgewalt übertragen. Er hat sich aber das weitestgehende Kontrollrecht über die Regierung vorbehalten". Es wird dann den lokalen A.- und S.-Räten gesagt: „Sie haben sich im allgemeinen jedes direkten Eingriffes in die Verwaltung zu enthalten." Es folgen Richtlinien im Interesse der Gesamtheit für alle örtlichen A.- und S.-Räte des Reiches aufgestellt. Darunter über „Verhaftungen" (!), sie „dürfen nur in dringenden Fällen unter Verständigung mit den dafür maßgebenden Stellen erfolgen, soweit es sich nicht um Festnahmen im gewöhnlichen Ordnungs- und Sicherheitsdienst handelt". Aber die allgemeine Tendenz des Erlasses geht nicht auf das Verbieten und nicht auf das Erlauben. Dieser „Aufruf" ist von 27 Mitgliedern des Berliner Vollzugsrates, zwei Delegierten Badens und einem Delegierten Bayerns unterzeichnet. Das Wichtige ist, daß es nicht mehr „Der Vollzugsrat", sondern „Der Vollzugsrat des A.- und S.-Rates Groß Berlins" heißt. Zwischen dem Erlaß dieses Aufrufs (23. November 1918) und seiner Veröffentlichung (26. November 1918) liegt die Tagung der „Vertreter der deutschen Bundesstaaten" (Erste Beilage z. d. Reichsanzeiger vom 26. November 1918), vom 25. November, der Ebert präsidiert, in der es sich um das Wahlgesetz zur Nationalversammlung und um die Nationalversammlung handelt, vorerst aber, wie Ebert sagt, „um ein Provisorium zwischen Einzelstaaten und Reich". An dieser Verhandlung, die im Kongreßsaale des Reichskanzlerpalais stattfindet, nehmen 70 Vertreter der Freistaaten sowie die Staatssekretäre usw. teil. Als Ergebnis der Verhandlungen wird folgende Zusammenfassung angenommen:

1. Die Aufrechterhaltung der Einheit Deutschlands ist ein dringendes Gebot. Alle deutschen Stämme stehen geschlossen zur deutschen Republik. Sie verpflichten sich entschieden im Sinne der Reichseinheit zu wirken und separatistische Bestrebungen zu bekämpfen.

2. Der Berufung einer konstituierenden Nationalversammlung wird allgemein zugestimmt, ebenso der Absicht der Reichsleitung, die Vorarbeiten zur Nationalversammlung möglichst bald durchzuführen.

3. Bis zum Zusammentritt der Nationalversammlung sind die A.- und S.-Räte die Repräsentanten des Volkswillens.

4. Die Reichsleitung wird ersucht, auf die schleunige Herbeiführung eines Präliminarfriedens hinzuarbeiten.

Und Ebert sagt in seinem Schlußwort (am 25. November 1918): „Die Beschlüsse der heutigen Sitzung machen es allen zur

Pflicht, für die neue Republik die staatsrechtliche Festigung in der Nationalversammlung zu schaffen."

Der Satz der Resolution über die A.- und S.-Räte als Repräsentanten des Volkswillens ist im deutschen Sinne gedacht.

Der Reichsanzeiger vom 2. Dezember 1918 veröffentlicht in seiner Beilage: „Die Verordnung über die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung (Reichswahlgesetz) und der Wahlordnung über die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung", datiert vom 30. November. Der Logos scheint gesiegt zu haben. Und der Vollzugsrat unter dem 3. Dezember (RA. vom 4. Dezember), die Anordnung zur Herbeiführung einer geordneten Wahl von Soldatendelegierten für Groß Berlin zu der am 16. d. Mts. zusammentretenden Delegiertenversammlung (gez. Vollzugsrat des A.- und S.-Rates Groß Berlin).

Neues Feuer entsteht: Der blutige Zusammenstoß vom 6. Dezember. Am 8. Dezember findet im Reichstage wieder eine Vollversammlung der Soldatenräte Groß Berlins statt. Die Wahlordnung für den Zentralrat der Arbeiter- und Soldatenräte wurde angenommen. Daß gegenrevolutionäre Elemente an dem Blutvergießen vom 6. Dezember schuld gewesen, wird von Cohen-Reuß ausgesprochen. Die Volksbeauftragten veröffentlichen unter dem 7. Dezember (RA. vom 9. Dezember mit allen Unterschriften außer der des Volksbeauftragten Barth; es wird in der Veröffentlichung hinzugefügt: „Der Volksbeauftragte Barth war verhindert, an der Sitzung teilzunehmen, deshalb fehlt seine Unterschrift") durch Säulenanschlag, daß der Auftrag zur Festnahme des Vollzugsrates (6. Dezember) von Leuten gegeben worden sei, die verantwortlich gemacht werden würden (gegen die beiden belasteten Mitglieder des Auswärtigen Amtes sei, so meldet der Reichsanzeiger, das Untersuchungsverfahren eingeleitet). Es heißt in dem Säulenanschlag des Rats der Volksbeauftragten:

„Der Rat der Volksbeauftragten, der sofort alles getan hat, um die Mitglieder des Vollz gsrates zu befreien, die Antastung ihrer Freiheit sowie das entsetzliche Blutvergießen in der Chausseestraße zu sühnen, ist entschlossen, gegen jede Androhung und Verübung von Gewalttätigkeiten vorzugehen, von welcher Seite sie auch kommt."

Am 9. Dezember wird in einer gemeinsamen Sitzung des Vollzugsrates der A.- und S.-Räte und des Rates der Volksbeauftragten eine Einigung erzielt. Die Vereinbarung lautet (RA. vom 10. Dezember 1918):

Bekanntmachung.

Beide, geschaffen durch die Revolution, streben demselben politischen Ziele zu, dem deutschen Volk die sozialistische Republik zu sichern. Der Rat der Volksbeauftragten hält unbedingt an der durch die Revolution gegebenen Verfassung fest, die ohne Zustimmung des Vollzugsrats der A.- und S.-Räte nicht abgeändert werden kann. Aus der Stellung des Vollzugsrats ergibt sich das Recht der Kontrolle, dem Rat der Volksbeauftragten liegt die ihm übertragene Exekutive ob. Beide sind überzeugt, daß ihre Tätigkeit nur durch vertrauensvolles Zusammenarbeiten ersprießlich ausgeübt werden kann. Wir geben der Zuversicht Ausdruck, daß unser Volk in Anerkennung der schwierigen inneren und äußeren Lage uns dabei tatkräftig unterstützen wird.

Der Rat der Volksbeauftragten.
Der Vollzugsrat der Arbeiter und Soldaten.

Gleichzeitig veröffentlicht der „Vollzugsrat des Arbeiter- und Soldatenrates Groß Berlin" die vorläufige Tagesordnung der Delegiertenversammlung vom 16. Dezember für die Arbeiter- und Soldatenräte der Republik:

1. Bericht des Vollzugsrats. 2. Nationalversammlung oder Rätesystem. 3. Sozialisierung des Wirtschaftslebens. 4. Die Friedensregelung und deren Einfluß auf den Ausbau der deutschen sozialistischen Republik. 5. Wahl des Vollzugsrates der Republik.

Einen Tag später, 10. Dezember, wird vom Rat der Volksbeauftragten (RA. vom 14. Dezember), die Bekanntmachung betr. Einsetzung einer Kommission zur Untersuchung der Vorgänge am Freitag den 6. Dezember erlassen; der Rat der Volksbeauftragten verleiht drei Personen Vollmachten „sowohl hinsichtlich von Zivil- als auch Militärpersonen, die nach der Reichsstrafprozeßordnung der Untersuchungsrichter hat. Soweit die Strafprozeßordnung eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft vorsieht, wird vorliegend davon Abstand genommen. Vielmehr haben die drei genannten Herren insoweit selbst zu entscheiden". Am 11. Dezember erläßt der Rat der Volksbeauftragten die Bekanntmachung betr. völlige Aufrechterhaltung der Preßfreiheit und tritt den Eingriffen von A.- und S.-Räten in die Pressefreiheit aufs entschiedenste entgegen. Am 12. Dezember (RA. vom 14. Dezember) weist die Reichsregierung das Eingreifen von A.- und S.-Räten in die Zivil- und Strafrechtspflege zurück; der „Vollzugsrat des Arbeiter- und Soldatenrats" wendet sich am 13. Dezember gegen reaktionäres antisemitisches Treiben, „das er hiermit öffentlich und vor aller Welt brandmarkt" (Bekanntmachung betr. Flugblätter, die zur Judenhetze auffordern, RA. vom

14. Dezember), der Geist der Ordnung und Ruhe scheint zu wirken. Der Rat der Volksbeauftragten wendet sich (mit allen Unterschriften) am 14. Dezember an die deutschen Arbeiter mit dem Aufruf: „Der Sozialismus verlangt Arbeit, kann nur bestehen auf Grundlage der Arbeit." „Arbeiter schützt Eure Revolution vor den Angriffen jeglicher Reaktion. Rettet sie auch vor dem Ruin durch Hunger und wirtschaftliche Auflösung." In demselben Reichsanzeiger wird „das Gesetz zur Bildung einer freiwilligen Volkswehr vom 12. Dezember 1918" vom Rat der Volksbeauftragten (Ebert-Haase) veröffentlicht. Es beginnt: 1. Zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ist eine freiwillige Volkswehr zu bilden. In 5. heißt es: „Die Freiwilligen wählen ihre Führer selbst." Ferner veröffentlicht immer derselbe Reichsanzeiger vom 16. Dezember 1918 eine „Verordnung über die Zurückführung von Waffen und Heeresgut in den Besitz des Reiches" (unterzeichnet von allen Volksbeauftragten) mit folgender Einleitung:

„Trotz aller ergangenen Aufforderungen und Kontrollmaßnahmen befinden sich noch immer zahlreiche aus den Beständen der Heeresverwaltung stammende Waffen sowie bedeutende Mengen an Heeresgut und Heeresgerät unbefugterweise im Besitz von entlassenen Soldaten und von Zivilpersonen. Diese Zustände können nicht länger geduldet werden. Die Reichsregierung sieht sich daher genötigt, ihnen entgegenzutreten. Wir verordnen mit sofortiger Gesetzeskraft:"

Und hinter diesen drei Veröffentlichungen des Reichsanzeigers vom 16. Dezember sieht man Feuergeister, welche die Vernunft bezwingen wollen: den Geist des Streiks in den Fabriken, die Arbeitsunlust und dann die Rufer nach Feuer um des Feuers willen, Spartakus und Gefolge.

Und gleichzeitig beginnen die Tage, die über die Regierungsgewalt entscheiden sollen nach dem Willen der Delegiertenversammlung vom 25. November. Das revolutionäre Reich hat das Wort. Der Kongreß der Delegierten der Arbeiter- und Soldatenräte Deutschlands tritt am 16. Dezember 1918 im großen Sitzungssaale des preußischen Abgeordnetenhauses zusammen; der Reichsanzeiger schreibt:

„Das Präsidium und die Rednertribüne sind rot drapiert. Der Saal ist bis auf den letzten Platz mit den Delegierten besetzt. Am Regierungstisch haben sich die Mitglieder des Kabinetts der deutschen Reichsregierung und die Mitglieder des Vollzugsrates der Groß Berliner A.- und S.-Räte nebst dem Chef der Reichskanzlei, Unterstaatssekretär Baake vollzählig ein-

gefunden. Nach 10½ Uhr eröffnet der Vorsitzende des Vollzugsrats Richard Müller die Sitzung mit Gruß und Willkommen."

Vom 16. Dezember bis zum 21. Dezember dauert der Kongreß. Für jeden Punkt der Tagesordnung sind je zwei Berichterstatter ernannt, immer nach dem Prinzip τὸ πῦρ — ὁ λόγος, Feuer und Logos. Das Feuer stritt gegen den Logos. Es wurde sogar von draußen her neues Feuer in den Kongreßsaal gebracht, als am ersten Tage die Deputation der Arbeiter mit ihren Forderungen auftrat; Richard Müllers gewaltiges Temperament loderte auf und wurde nur von dem Ledebours übertroffen. Am zweiten Tage erschien die Abordnung der Garnison Berlin mit ihren Resolutionen. Auch die Anträge betr. Rosa Luxemburg und Liebknecht, die Frage der Zulassung der Delegierten der russischen Räterepublik entfachten die Leidenschaften, ebenso das Pathos Däumigs, die Angriffe Barths gegen Ebert, und das Schlußduell zwischen Scheidemann und Ledebour.

Täglich gab es reichlichst von diesem Feuer im Wort, im Willen und in der Tat. Und manche bürgerliche Seele erschrak ob des vielen Feuers und bedauerte, daß dagegen noch kein Antipyrin erfunden sei. Dem alten Herakleitos aber hätte es trotz seines Hasses gegen die Masse und ihre Willkür Freude gemacht, sein Gesetz wiederzuerkennen. Denn die Männer im Kongreßsaale waren alle durch die Schule des Feuers gegangen und kannten das zwischen Logos und Feuer wirkende Naturgesetz, und dieses Gesetz des „τὸ πῦρ κατὰ τὸν λόγον" setzte sich durch trotz allen Rufens nach „Mehr-Feuer" und nach „Weltfeuer". „Wir werden", so sagte Cohen-Reuß am 19. Dezember, „nur dann produktionsfähig sein können,

wenn eine starke Zentralgewalt die auseinanderstrebenden Teile des Reiches zusammenhält. Diese Zentralgewalt kann die notwendige Autorität nur haben, wenn sie aufgebaut ist auf dem festen Fundament des allgemeinen Volkswillens. Der Volkswille kann nur festgestellt werden durch die Nationalversammlung, zu der jeder Deutsche mit gleichem Rechte wählen kann. Die A.- und S.-Räte drücken nur einen Teilwillen aus, niemals den Willen des ganzen Volkes. Die sehr ernst zu nehmende Gefahr, der Zerfall muß kommen, wenn es uns nicht gelingt, der Disziplinlosigkeit Herr zu werden, die leider auch ein großer Teil der deutschen Arbeiterschaft zeigt; jener Teil, der die ganze glorreiche deutsche Revolution zu einer bloßen Lohnbewegung herabwürdigt ... Sehr ernst zu nehmen sind auch die separatistischen Bestrebungen im Süden und Westen ... Dabei darf ich wohl aussprechen, wie sehr wir den Zusammenhang der Deutschen in Österreich mit uns übrigen Deutschen wünschen und daß wir uns

das gesamte Deutsche Reich ohne die Deutschen in Österreich überhaupt nicht mehr vorstellen können. Aber nur die deutsche Nationalversammlung wird die moralische Autorität haben, die auseinanderstrebenden Teile zusammenzuhalten und nur die Zentralgewalt mit der nötigen Autorität hat die Kraft zu verhindern, daß Deutschland auseinanderfällt."*)

Die wichtigsten Beschlüsse des Kongresses wurden am 20. Dezember gefaßt: Der Wahltermin der Nationalversammlung am 19. Januar 1919 und die Bildung eines Zentralrates aus dem Kongreß heraus. Dieser Zentralrat sollte als Willensorgan der Träger der Revolution dem Rat der Volksbeauftragten gegenüber „die parlamentarische Überwachung" (Resolution Lüdemann) haben, darüber war man sich einig. Es tauchte aber plötzlich als Ergebnis von Sonderbesprechungen zwischen der „unabhängigen" und „revolutionären" Fraktion am 19. Dezember folgender Antrag auf: „Der Kongreß beschließt, zur Erläuterung des Ausdrucks „parlamentarische Überwachung" dem Antrag Lüdemann folgende Auslegung zu geben: „Der Zentralrat hat das volle Recht der Zustimmung oder Ablehnung von Gesetzen vor ihrer Verkündung." Diesen Antrag bekämpfte Ebert (der nicht mehr Reichskanzler oder Halbreichskanzler, sondern Volksbeauftragter hieß) mit folgenden Ausführungen:

„Es handelt sich hier um eine Frage von überaus großer Bedeutung. Bei der grundstürzenden Umwälzung unseres politischen und wirtschaftlichen Lebens ist unser Land vor Schwierigkeiten gestellt, wie sie in der Weltgeschichte noch nicht dagewesen sind. Wenn wir unsere revolutionären Erfolge sichern wollen, dann müssen wir alles tun, um dieser Schwierigkeiten Herr zu werden und den Zusammenbruch zu vermeiden. Um das zu können, muß der Regierung des Landes ein gewisses Maß von Bewegungsfreiheit gegeben werden. Es muß ein einheitlicher Wille durch das ganze Land gehen und es muß der Zentralinstanz möglich sein, mit Initiative, Energie und entschlossener Tatkraft vorzugehen. Vor allem aber gehört dazu die Möglichkeit schnellen Handelns. Stündlich treten an die Regierung Fragen heran, deren rasche Entscheidung notwendig ist, wenn unser Wirtschaftsleben aufrecht erhalten werden soll. Alle die Entscheidungen, die früher die einzelnen Reichsämter oder der Bundesrat selbständig treffen konnten, müssen wir jetzt in die Form von Gesetzen kleiden. Damit keine Willkür von der Regierung gegenüber den revolutionären Trägern des Volkswillens getrieben werden kann, ist in der Resolution Lüdemann klar zum Ausdruck gebracht, daß der Zentralrat das Recht

*) Vgl. den Aufruf der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 11. Dezember 1918 (RA. vom 11. Dezember) betr. Abtrennung von Teilen des Reiches, mitunterzeichnet vom Staatssekretär Dr. Preuß.

hat, die Volksbeauftragten abzuberufen, wenn sie nicht mehr sein Vertrauen besitzen. Eine weitergehende Möglichkeit des Einflusses kann gar nicht geschaffen werden. Damit sollen Sie sich begnügen, nachdem wir uns rückhaltslos auf diesen Boden gestellt haben. Wenn wir zu allen diesen Verordnungen in Form von Gesetzen erst die Zustimmung des aus dem ganzen Reiche zusammengesetzten Ausschusses zusammenholen sollen — und das gilt ja auch für die preußische Regierung —, so sind wir einfach lahmgelegt. In dieser Auffassung stimmen auch die Volksbeauftragten von der U. S. P. mit mir überein und alle Staatssekretäre und Minister haben mir erklärt, daß sie bei der Durchführung einer solchen Forderung unmöglich die Verantwortung weiter tragen und ihr Amt weiter führen könnten. Es sind sonach sachliche Gründe, die uns zwingen, mit allem Nachdruck den Kongreß zu bitten, den Antrag Geyer abzulehnen. Der mit großer Mehrheit durch Beschluß festgelegte Grundsatz geht auch dahin: die Exekutive und Legislative liegt in den Händen der Volksbeauftragten. Es ist unzulässig, auf dem Wege der Deklaration diesen Beschluß einfach in das Gegenteil verkehren zu wollen. Wir sind bei Annahme dieses Antrages nicht in der Lage und nicht willens, die Verantwortung weiter zu übernehmen. Das ist keine Drohung, sondern wir sagen damit offen, was sich uns Volksbeauftragten von beiden Parteien durch die Erfahrung als Überzeugung ausgeprägt hat. Deshalb bitte ich Sie, lehnen Sie den Antrag ab."

Trotz des Widerspruchs der Unabhängigen, insbesondere des Volksbeauftragten Barth, setzte Ebert, unterstützt vom Volksbeauftragten Landsberg und gedeckt durch frühere gleichlautende Erklärungen des Volksbeauftragten Haase, seine Ansicht durch. Zu Beginn der Schlußsitzung vom 20. Dezember wurde das Ergebnis der namentlichen Abstimmung über den Antrag Lüdemann, es hinsichtlich „der parlamentarischen Überwachung" bei den Erklärungen Haases bewenden zu lassen, bekannt gegeben. Die Auslegung Geyers war verworfen worden; mit 290 gegen 115 Stimmen war der Antrag Lüdemann im Sinne Eberts angenommen worden.

Weiter seien noch die Beschlüsse zur Sozialisierung (unverzüglicher Beginn mit allen dazu geeigneten Industrien, insbesondere mit dem Bergbau) und zur Kommandogewalt genannt (Ausübung in ständigem Einvernehmen zwischen der Obersten Kommandogewalt und den örtlichen A.- und S.-Räten, bei militärischen Angelegenheiten, die allen Garnisonen gemeinsam sind, Erledigung von dem Träger der Kommandogewalt mit einem Delegierten der Garnison).

So hatte die Reichsregierung durch den Kongreß vom 16. Dezember die Regierungsgewalt auf den Teil des Volkes, der den

Willen zur Revolution hatte, gegründet. Am 21. Dezember 1918 (RA. vom 22. Dezember) meldeten der „Zentralrat der deutschen sozialistischen Republik“ und der „Vollzugsrat der A.- und S.-Räte Groß Berlins“ in einer gemeinschaftlichen Bekanntmachung: „Der Zentralrat der deutschen sozialistischen Republik hat sich konstituiert und die Geschäfte für das Reich und Preußen übernommen. Der Vollzugsrat der Arbeiter- und Soldatenräte Groß Berlins führt die Geschäfte für Groß Berliner Angelegenheiten ... weiter.“

So sah nach dem Ende des Kongresses die „Reichsregierung“ aus. Was sie im Anfang gewesen, wollte sie bis zur Nationalversammlung bleiben: provisorische Regierung.

Aber wenige Tage nach dem Kongreß schien es, als sollte aus dem Provisorium ein Definitivum werden, nämlich ein Nullum. Nicht alle waren mit dem πῦρ κατὰ τὸν λόγον zufrieden. Viele riefen weiter nach „Nur Feuer“ und andere nach „Weltfeuer“. Wieder tauchte die Lehre des Heraklit auf: Die Lehre vom Feuer und vom Wasser (vgl. Ferdinand Lassalle, Bd. 8). Das πῦρ, das Feuer, und τὸ ὕδωρ, das Wasser, unterliegen bei Heraklit dem Wechsel der Verwandlungen, im Doppelwege des „Hinauf“ und des „Hinab“, des ὅδος κάτω und des ὅδος ἄνω. Die Seele ist ja bei Heraklit „als das Lebensprinzip, das Feuer, und findet sich in dem aus Wasser und Erde gefügten Leib gefangen“ (Windelband). Und wie es im Anfang die Männer vom Wasser gewesen waren, die zum Feuer gelangten — die einen mögen an die Seeherrschaft denken, die anderen an die Kieler Matrosen — im ὅδος ἄνω, so waren sie es wieder, die auftauchten beim ὅδος κάτω, als das Feuer sich zum Logos wandte. Am 23. Dezember brach ein Streit mit den Matrosen aus, die als „Volksmarinedivision“ das Schloß und auch das Reichskanzlerhaus zu bewachen hatten. Der Zwist entstand wegen einer Löhnungsfrage, die mit der Räumung des Schlosses zusammenhing. Die Matrosenwache unternahm einen Überfall auf die Reichsregierung, zweimal besetzte sie während des Nachmittags am 23. Dezember das Reichskanzlerhaus, sie verließen es nach einer Ansprache Eberts; es folgten die traurigen Geschehnisse des 24. Dezember, der Bürgerkrieg am Vortage des Weihnachtsfestes und der Friedensvertrag vom selben Tage. Am 29. fand die Riesendemonstration statt, das Plebiszit für das Gesetz τὸ πῦρ κατὰ τὸν λόγον. „Die Regierung hat uns zugerufen: „Ihr müßt uns Macht schaffen.“ Nun wohl, schaffen wir der Regierung Macht. Eine Kundgebung von

beispielloser Wucht erfolgte „für Ordnung und Freiheit". Hell hatte im „provisorischen" Regierungsgebäude das Feuer aufgelodert, es hatte Gerüst wie Dach bedroht. Bei den Männern auf dem Dache saßen drei, deren Freunden das Feuer lieber war als der Logos. Die Unabhängigen wandten sich an das Reichsorgan des revolutionären Volkswillens, an den neu geschaffenen Zentralrat. Fragen der Unabhängigen, Antwort des Zentralrates, aber Gegenfrage des Zentralrates an die Unabhängigen, die Aufforderung an die Unabhängigen sich zum Logos zu bekennen:

„Sind die Volksbeauftragten bereit, die öffentliche Ruhe und Sicherheit, insbesondere auch das private und öffentliche Eigentum gegen gewaltsame Eingriffe zu schützen?

Sind sie mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln auch bereit, ihre eigene Arbeitsmöglichkeit und die ihrer Organe gegen Gewalttätigkeiten, ganz gleich von welcher Seite sie erfolgen sollten, zu gewährleisten?"

Antwort der Unabhängigen:

„Da wir hiermit aus der Regierung ausscheiden, haben wir die an uns als Volksbeauftragte gestellten Fragen nicht mehr zu beantworten."

All das geschah am Tage des Referendum, und an dem gleichen Tage wandte sich die „Reichsregierung" (Ebert, Scheidemann, Landsberg, Noske, Wissell) an das deutsche Volk mit dem Aufruf „Arbeiter! Soldaten! Bürger! Bürgerinnen!", also zum ersten Male seit der Extraausgabe des Vorwärts, die den freien Volksstaat verkündet hatte, an alle. Und in gleicher Weise tat dies der „Zentralrat der deutschen sozialistischen Republik".

Der Zentralrat hatte die Volksbeauftragten Ebert, Scheidemann und Landsberg neu bestätigt, und durch zwei andere Mitglieder der alten sozialdemokratischen Partei die Regierung vervollständigt. Die Reichsregierung bestand nun aus fünf Mitgliedern, es bestand die Hoffnung, weitere Beauftragte aus anderen Bundesstaaten heranzuziehen, ein Bestreben, das wiederum im Sinne der deutschen Reichseinheit lag. Die Hauptsache war erreicht, die Regierung hatte sich durchgesetzt. Im Aufruf des Zentralrats heißt es:

„Wie man auch zu den politischen Fragen der Gegenwart stehen mag, es kann jetzt nur eine einzige Aufgabe geben, das ist die Schaffung einer arbeitsfähigen Regierung. Vom Vertrauen des Volkes getragen, muß die Regierung dem deutschen Volke vor allem Frieden und Brot bringen, die Errungenschaften der Revolution sichern und die Einheit des deutschen Volkes aufrechterhalten."

Und im Aufruf der Reichsregierung an das deutsche Volk heißt es:

„Und nun an die Arbeit. Im Innern gilt es, die Nationalversammlung vorzubereiten und ihre ungestörte Tagung sicherzustellen; für die Ernährung ernstlich Sorge zu tragen, die Sozialisierung im Sinne des Rätekongresses in die Hand zu nehmen, Kriegsgewinne in der schärfsten Form zu erfassen, Arbeit zu schaffen und Arbeitslose zu unterstützen, die Hinterbliebenenfürsorge auszubauen, die Volkswehr mit allen Mitteln zu fördern, die Entwaffnung Unbefugter durchzusetzen. Nach außen: den Frieden so schnell und so günstig wie möglich herbeizuführen und die Vertretungen der deutschen Republik im Ausland mit neuen, von neuem Geist erfüllten Männern zu besetzen."

An alle richtet die „Reichsregierung" die Frage, die der Zentralrat als Gegenfrage den Unabhängigen vorgelegt hatte, die Frage nach dem Bekenntnis zum Logos, zum Gesetze des *τὸ πῦρ κατὰ τὸν λόγον*.

„Ihr müßt diese Frage mit einem Ja! beantworten. Die Reichsregierung bekennt sich ohne Einschränkung zu diesem Ja. Ohne dies Ja! bleibt jedes Programm Papier und Worte! Wir aber wollen über den Aufruf zum Aufbau! Wir gehen ans Werk. Wir glauben an Euch und an uns! Wir kommen durch!

Und hier machen wir in der Darstellung der Entwicklung halt. Denn wir sind am Jahresende 1918 angelangt und am Silvestertage beendigen wir unsere Arbeit. — Trotz des *πάντα ῥεῖ*, der stetigen Beweglichkeit, glauben wir von diesem Zeitpunkte aus rückwärts blickend das Geschehene rechtlich bewerten zu können. Und nun kommen meine Kollegen mit Vorwürfen auf mich zu. Mein Freund fragt mich, warum ich das alles erzählen mußte. Ich antworte ihm: „Weil man bei einer schöpferischen Evolution die Entwicklung zeigen muß" und füge noch hinzu: „Ich habe sogar noch einiges hierzu vergessen." Ich muß noch erwähnen, daß von Anfang an sich auch die nicht zu den Trägern der Revolution gehörenden Teile des Volkes der neuen Regierung zur Verfügung gestellt, daß auch die Oberste Heeresleitung, Hindenburg selbst, unzählige militärische Formationen, große Teile der Beamtenschaft teils ausdrücklich, teils stillschweigend (durch Verbleiben im Dienste) gleiches getan haben und daß es in der Abdankungsurkunde Wilhelms II. heißt:

„Zugleich entbinde Ich alle Beamten des Deutschen Reiches und Preußens, sowie alle Offiziere, Unteroffiziere und Mannschaften der Marine, des preußischen Heeres und der Truppen der Bundeskontingente des Treueides, den sie Mir als ihrem Kaiser, König und Obersten Befehlshaber geleistet haben. Ich erwarte von ihnen, daß sie bis zur Neuordnung des Deutschen Reiches den Inhabern der tatsäch-

lichen Gewalt in Deutschland helfen, das deutsche Volk gegen die drohenden Gefahren der Anarchie, der Hungersnot und der Fremdherrschaft zu schützen."

Das alles gehört noch zum Rechtlichen, lieber Freund. „Und was bedeutet das Rechtliche?", werde ich weiter gefragt. „Das bedeutet erstens das Problem der Regierungsgewalt, die ohne Macht keine Gewalt ist. Zweitens das Problem des Volkswillens, weil ohne Anerkennung durch die Volksgenossen die Regierungsgewalt unrecht ist, und endlich bedeutet die Evolution nach dem Gesetze des τὸ πῦρ κατὰ τὸν λόγον Rechtsentwicklung im Sinne der Idee der Rechtsordnung.

Nicht die normative Kraft des Faktischen, nicht das Wirken der Gehorsam heischenden Macht, die Einstellung auf den Logos, auf die Gemeinschaftsordnung (vgl. Windelband a. a. O. S. 38) in ordnender Ausgestaltung macht aus der Summe des Tatsächlichen Rechtsentwickelung. Die Evolution ist die Quelle, zu der den Menschen der Rechtssinn treibt. Aus ihr schöpfte er (im Sinne des haurire) Erscheinungen und Vorstellungen und diese gestaltet er zu Normen, indem er die als billig empfundene Willensregelung auf die Gesellschaftsordnung einstellt. So schöpfte er Normen im Sinne des creare, er schafft sie durch Gestaltung. Sie werden (gewolltes) Recht nur kraft des Gemeinschaftswillens der Volksgenossen, sie werden erkennbar durch verkündetes Gesetz (durch Satzung im Verbande), durch Übung aus Rechtsüberzeugung, durch Aufnahme in den Volkswillen, durch Rechtssprüche im Urteil, sie werden verwirklichtes Recht durch rechtes Handeln und durch gerechtes Urteil (das was v. Liszt nach der Brüsseler Tagung der Militärjuristen 1916 schrieb, wird dem Gedanken „der Rechtsschöpfung aus der Evolution" gerecht).

Wir gehen für die weitere Darstellung von folgendem aus:

1. Was Ebert, Haase und Landsberg auf dem Kongreß über „die gesetzgebende Gewalt" des Rates der Volksbeauftragten gesagt haben, ist, wie schon im Kapitel II angedeutet wurde, unrichtig. Das Recht gehört den Volksgenossen und ist nur von denjenigen Organen des Volksverbandes zu gestalten, die der Gemeinschaftswille des Volkes hierzu bestimmt hat. Der neue contrat social ist noch nicht geschlossen. Nur die Nationalversammlung kann ihn festsetzen. So hat man zu denken, wenn man volksstaatlich denken will. Und anders dürfen im Volksstaate die Volksgenossen im Rate der Volks-

beauftragten nicht denken. Sie denken auch nicht anders, sie wollen nicht einen neuen Obrigkeitsstaat schaffen, sie haben aber diesen Begriff der „gesetzgebenden Gewalten" übernommen, der dem alten, von ihnen umgestürzten contrat social entstammte und nur in ihm Sinn hatte, denn sie haben sich suggerieren lassen.

Und das geschah aus den im Eingang dieses Kapitels dargestellten Gründen. Die Volksbeauftragten fanden in den Reichsämtern einen Teil der alten Gesetzgebungsmaschine vor; es war doch alles „im Bundesrat" konzentriert, in seinen Bureaus, Registraturen, Journalen, Akten. Es fehlte „nur" die Präsidialmacht, das war aber der Rat der Volksbeauftragten selbst, und dann „der Reichstag". Der Reichstag war ein schwer zu ersetzender Teil der Maschine. Aber da „behalf" man sich; man blieb „oben" und ersetzte den Reichstag durch den Rat der Volksbeauftragten, aber nur „behelfsmäßig", wie es jetzt heißt, und wie es früher hieß „provisorisch". Man vergaß, da man sich in der Wilhelmstraße befand, „das Volk", das Organ des Volksverbandes. „Volksstaat ohne Volk"! Für „das deutsche Volk" war die Simsonstraße zuständig. Der „Reichstag" war aber okkupiert und der „Geschäftsgang" mit ihm funktionierte nicht. Der alte verdinglichte „contrat social" wurde stärker als die Revolutionsgewalt.

Nie kann der Rat der Volksbeauftragten, der selbst provisorische Regierung sein will, gleichzeitig die Befugnisse der Präsidialmacht, des Bundesrates und des Reichstages ausüben. Über die beiden ersten Faktoren hat er sich mit den Freistaaten zu einigen, seine Regierungsgewalt einzusetzen und sie wird Regierungsgewalt, wenn der Volksverband sie aufnimmt.

Dagegen kann der Rat der Volksbeauftragten niemals den Reichstag ersetzen außer durch ein aus dem Gesamtwillen der Volksgenossen hervorgehendes Organ. Weder der Kongreß vom 16. Dezember 1918 noch der Zentralrat waren Organe des Gesamtwillens. Sie vertraten und vertreten einen bedeutenden Teil, vielleicht den zahlenmäßig bedeutendsten Teil des Volkswillens. Ihre Entschließungen sind in Verbindung mit dem Verhalten der übrigen Volksgenossen Beweise für die Aufnahme der Regierungsgewalt in den Volkswillen. Rechtsetzende Gewalt lag aber auch bei ihnen nicht, denn sie waren keine Organe des Gesamtwillens. Nichts beweist dies besser als die Worte, die Ebert selbst auf dem Kongreß gesprochen hat.

Wir kennen die Auseinandersetzungen zwischen Fehrenbach und dem Rat der Volksbeauftragten. Wer hatte recht und wer hatte unrecht? Beide hatten recht und beide hatten unrecht. Fehrenbach hatte recht, insoweit er ein Organ für den Gesamtwillen der Volksgenossen verlangte, unrecht aber mit der Behauptung, daß der Reichstag noch existiere. Die Revolution ist ihrer Natur nach Rechtsbruch, sie will das Recht brechen und hat es gebrochen, wenn sich ihre Gewalt durchsetzt. Damit zertrümmert sie den verfassungsmäßigen Gewaltenaufbau. Zerbrochenes kann geleimt und geflickt werden, aber nie als Einheit neu erstehen. Der Reichstag gehörte zum alten Gewaltenaufbau, den die Revolution am 9. November umgestürzt hatte. Da gibt es keine Rechtskontinuität, und wer nach ihr ruft, sieht nur das Formale und macht aus dem Relativen etwas Absolutes. Als Gebäude bestand der Reichstag weiter, aber nicht als verfassungsmäßige Institution. Der Rat der Volksbeauftragten hatte recht, wenn er den Reichstag als durch die Revolutionsgewalt beseitigt ansah, unrecht aber, wenn er die „gesetzgebende Gewalt" einer anderen Stelle zusprach als dem Volke in seiner Gesamtheit. Die Revolution beseitigte die „alten Gewalten", d. h. den alten contrat social, sie beseitigte aber nicht das Recht. Denn das Recht ist dem Staate, auch dem Volksstaate, auch der Revolutionsgewalt ebenbürtig. Nur war der Rechtsbegriff im alten Rechte durch obrigkeitstaatliche Gewöhnung, durch die furchtbare Tätigkeit der Paragraphenmaschine im Kriege dem allgemeinen Bewußtsein verloren gegangen. Jetzt ist er mit der Verkündung des Volksstaates am 9. November wieder erwacht, und, wo er noch schlafen sollte, da muß man ihn unsanft aufwecken. Den zimperlichen Einwand, man könne mit diesen Äußerungen Unheil anrichten, die Rechtssicherheit gefährden usw., weisen wir zurück. Ebert hat beim Einzug der Truppen das rechtsstaatliche Prinzip betont, und wie er, so denken auch die anderen im Rate der Volksbeauftragten. Jeder Volksgenosse hat das Recht, das als Wahrheit Erkannte auszusprechen und die Pflicht, es zu tun, wenn Volksgüter gefährdet werden. Hat sich denn nicht schon gezeigt, wie gefährlich dieses obrigkeitstaatliche Daraufloskommandierenwollen für die Reichseinheit werden kann? Herrn Hoffmanns Programm über die Trennung von Staat und Kirche war die größte Verhöhnung des genossenschaftlichen und volksstaatlichen Gedankens, und bei dieser Gelegenheit konnte man ein längst als tot angesehenes Recht wiedererwachen sehen: das alte

Widerstandsrecht, das ius resistendi. Wer sich über dieses Recht informieren will, dem sei die ausgezeichnete Schrift von Kurt Woltzendorff empfohlen: „Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt." Und er mag auch weiter über die modernen Formen dieses Widerstandsrechts nachdenken. Es handelt sich nicht um die Gegenrevolution, insbesondere nicht um das Ergreifen der Waffen — denn es pflegt ja gerade der nichtrevolutionäre Teil der Bevölkerung zu sein, der von der Rechtswidrigkeit betroffen wird —, sondern einmal um die Form des Protestes, eine Form, die Herr Hoffmann im Kultusministerium selbst kennen gelernt haben wird, wenn ihm die Kundgebungen aus Westdeutschland und aus Schlesien nichts gesagt haben sollten, und sodann um die zweite „moderne" Form des Widerstandsrechts, den Streik, insbesondere um den Streik der Beamten, der wohl eintreten könnte, wenn sie das ihnen Zugemutete als offenbare Rechtswidrigkeit dem Volke gegenüber empfinden.

Dagegen müssen wir einen anderen Einwand gelten lassen. Der Rat der Volksbeauftragten hat sich selbst stets als provisorische Regierung betrachtet und deshalb von der „gesetzgebenden Gewalt" einen von der Mehrheit des Volkes gebilligten Gebrauch gemacht. Das ist zwar nicht ad rem, sondern ad hominem argumentiert, ist aber insofern wichtig, als es ein Indiz dafür enthält, daß die von dem Rat der Volksbeauftragten gesetzten Normen in den Volkswillen aufgenommen worden sind.

2. Wir sprechen nicht von der gesetzgebenden oder vollziehenden Gewalt oder von ihrer „Fusion" — alles das ist falsch —, sondern von der Regierungsgewalt des Rates der Volksbeauftragten. Dieser Ausdruck erweckt nicht nur Erinnerungen an lange zurückliegende Zeiten (vgl. Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 2 und die dort Zitierten, insbesondere Stahl, Philosophie des Rechts, II$_2$ S. 43, sowie Stahl, „Staatslehre" bei Hobbing 1910 S. 68ff.), sondern er läßt uns auch an die Tätigkeit denken, die wir bis vor kurzem in den besetzten Gebieten ausgeübt haben. Art. 43 der Haager Landkriegsordnung sei hier noch einmal angeführt:

„Nachdem die gesetzmäßige Gewalt tatsächlich in die Hände des Besetzenden übergegangen ist, hat dieser alle von ihm abhängenden Vorkehrungen zu treffen, um nach Möglichkeit die öffentliche Ordnung

und das öffentliche Leben wiederherzustellen und aufrechtzuerhalten und zwar, soweit kein zwingendes Hindernis besteht, unter der Beachtung der Landesgesetze."

Man wird uns vielleicht sagen, daß es unklug ist, gerade diese Bestimmung anzuführen, denn ihr hat man die „gesetzgebende Gewalt" des Okkupanten entnommen. Darauf ist zu erwidern:

1. Vergleichbar ist für uns

a) der Übergang der gesetzmäßigen, d. h. der durch die geltenden Gesetze begründeten und in ihnen vorausgesetzten Staatsgewalt, dort auf den Okkupanten, hier auf die Träger der Revolutionsgewalt;

b) die Aufgabe der Normensetzung hier wie dort, Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Lebens;

c) die Pflicht der Beachtung der Landesgesetze, des Respekts vor dem geltenden Recht, worüber wir schon ausführlich gehandelt haben.

2. Nicht zu vergleichen ist die Stellung der Okkupationsgewalt, insoweit als die Bewohner des besetzten Gebietes für die Okkupationsgewalt Ausländer sind und bleiben, während für die Träger der Revolutionsgewalt die „der Staatsgewalt Unterworfenen" Volksgenossen sind und zu bleiben haben*). Der Grundsatz des genossenschaftlichen Verbandes fehlt im Okkupationsrecht, ebenso wie der Gesichtspunkt der Friedensgemeinschaft zwischen den Volksgenossen.

---

*) Erwähnt sei, daß der belgische Kassationsgerichtshof in seinem Urteil vom 22. Mai 1916 (bezüglich der Rechtsgültigkeit der vom Generalgouverneur erlassenen Mietverordnung) sich auf den Standpunkt des „landesrechtlich rezipierten Völkerrechts" gestellt hat. Er sah den Grund für die Rechtsgültigkeit darin, daß die Haager Konvention von 1907 durch das Gesetz vom 25. Mai und 8. August tatsächlich von den belgischen Kammern angenommen wurde. Die Verordnung als solche hielt der Kassationshof für einen „militärischen Befehl" und nicht für einen Akt der Gesetzgebung. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Okkupationsgewalt und Kommandogewalt, die nur bei Trennung beider Gewalten und ihrer Zuweisung an grundsätzlich verschiedene Organe erkennbar wird, kennt auch der Kassationshof noch nicht. Nichts hat das Okkupationsrecht mehr entwickelt als diese Trennung, die im östlichen Kriegsgebiet seit 1915 bestand und erst Anfang 1918 in Belgien eingeführt werden mußte (wegen des „Widerstandes" der belgischen Justizbehörden). Nichts entwickelt in Deutschland das öffentliche Recht mehr, als der Zuständigkeitsstreit zwischen den verschiedenen deutschen Behörden!

Es sind also zunächst die beiden oben hervorgehobenen Teile der Regierungsgewalt zu betrachten.

a) Der Übergang der „gesetzmäßigen" Gewalt auf die Revolutionsgewalt. Daraus folgt, daß die nach Verfassung oder Gesetz dem „Deutschen Kaiser", dem „Bundesrat" oder dem „Reichskanzler" vorbehaltenen bzw. zugewiesenen Angelegenheiten vom Rate der Volksbeauftragten zu erledigen sind. Das Verhältnis des Rats der Volksbeauftragten zum früheren Vollzugsrat und dem nunmehr eingesetzten Zentralrat hat hier nur interne Bedeutung. Nur interne Bedeutung hat zurzeit ebenfalls das Verhältnis des Rats der Volksbeauftragten zu den Reichsämtern. Der Rat der Volksbeauftragten ist das große Verwaltungsorgan der Republik. Der Rat der Volksbeauftragten ist heute Reichskanzler, Staatssekretär des Auswärtigen Amtes und des Reichsamtes des Innern. Ihm liegt die Verteidigung des Reiches, insbesondere der Schutz der Ostgrenze ob. Er läßt die Reichsämter weiter tätig sein, er hat seine eigene Dezernatsverteilung und begnügt sich mit einer Generalinspektion, die er praktisch durch Konferenzen mit den Ressortchefs und überdies durch Entsendung von ihm nahestehenden Persönlichkeiten in die Reichsämter ausübt. Ein Gebiet, das man heute nur in Einzelheiten erwähnen, aber nicht erörtern kann, ist das der Reichsaufsicht (vgl. Triepel, Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches), welches durch die Steuergesetzgebung des Jahres 1918 auf dem Gebiete der Finanzhoheit eine besondere Erweiterung erfahren hat. Nur eines sei hinzugefügt: Die Organisation des Aufsichtsdienstes spielt sich, wie im Eingang dieses Kapitels angedeutet wurde, zwischen bestehenden Behörden ab. Es besteht also, solange an der Behördenorganisation nichts geändert wird, die Möglichkeit, die Reichsaufsicht weiter auszuüben und so — mit dem Takt, den die besonderen Entwicklungen in den Einzelstaaten erfordern —, die Interessen des Reiches in den verschiedenen Formen der Aufsicht weiter zu wahren.

Eine Ausübung des Reichsaufsichtsrechts seitens der Revolutionsregierung finden wir im Reichsanzeiger bei zwei Gelegenheiten:

1. im Reichsanzeiger vom 11. Dezember 1918 in dem von allen Volksbeauftragten unterzeichneten Aufruf an das deutsche Volk, der einen Protest gegen die Kölner Bestrebung (Proklamierung einer dem Deutschen Reiche angehörigen, selbständigen rheinisch-westfälischen Republik) enthält. Dringend wird hier

für die Einheitlichkeit des Reiches eingetreten und vor Zersplitterungen gewarnt.

2. im Reichsanzeiger vom 14. Dezember 1918 über das Eingreifen von A.- und S.-Räten in die Zivil- und Strafrechtspflege (datiert vom 12. Dezember 1918 „Die Reichsregierung"). Es heißt hier u. a.:

„Unzulässig ist die Einrichtung besonderer Volksgerichte, Kriegsgerichte und Standgerichte, die Einführung abgekürzter Gerichtsverfahren, die Abänderung des Reichsstrafgesetzbuches, die Übertragung der Strafgerichtsbarkeit auf andere Behörden."

Wie aus Zeitungsnachrichten bekannt wurde, hatte der Rat der Volksbeauftragten es abgelehnt, ein besonderes Revolutionsstandrecht festzusetzen. Um so mehr hatten sich einzelne A.- und S.-Räte dieses Gedankens angenommen, wohl zumeist zwecks Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und zum Schutze der Bevölkerung. So löblich diese Absichten gewesen sein mochten, so unmöglich waren auf der anderen Seite die sich für die Rechtseinheit im Reiche ergebenden Folgerungen. Da einzelne Freistaaten in ähnlicher Weise verfuhren und eigene Volksgerichte einrichteten, so mußte die Reichsregierung zwecks Sicherung der Rechtseinheit eingreifen. Die zum Teil grotesken Eingriffe der A.- und S.-Räte in die Zivilrechtspflege sind noch in aller Erinnerung. Auch auf sie bezog sich die Warnung der Regierung.

Für die Fortsetzung der im früheren Reiche ausgeübten Verwaltungstätigkeit mußte sich bald nach Ausbruch der Revolution eine große Schwierigkeit ergeben. Mit der Eroberung der alten Gewalten durch die Revolution hatte der Bundesrat seine durch die Reichsverfassung (und ihre weitere geschriebene wie ungeschriebene Entwicklung) normierte Organstellung verloren. Er war an sich ohne Bundespräsidium und Reichstag nicht vorstellbar. Er existierte aber als Behörde, und es war dringend erforderlich, eine Behörde mit den Verwaltungsfunktionen des früheren Bundesrates wieder zu besitzen. Man behalf sich folgendermaßen: Der Reichsanzeiger vom 16. November veröffentlichte:

Verordnung über die Ermächtigung des Bundesrates zur Ausübung von Verwaltungsbefugnissen.

Vom 14. November 1918.

§ 1.

Der Bundesrat wird ermächtigt, die ihm nach den Gesetzen und Verordnungen zustehenden Verwaltungsbefugnisse auch fernerhin auszuüben.

§ 2.

Diese Verordnung hat Gesetzeskraft und tritt mit ihrer Verkündung in Kraft.

Berlin, den 14. November 1918.

Der Rat der Volksbeauftragten:
Ebert. Haase.
Der Staatssekretär des Innern:
J. V. Dr. Lewald.

Man muß dabei zunächst an die Metamorphosen des Ovid denken (Ex aliis alias reddit natura figuras usw.). In Wahrheit handelte es sich um eine Verwaltungsdelegation des Rates der Volksbeauftragten an die „a's Bundesrat" neu umgeformte Dienststelle. Daß gerade dieser Gedankengang mißverstanden werden konnte, leuchtet ein, und, wie die späteren Erörterungen über das „Nochvorhandensein" des Reichstages zeigen, der ja am 13. November zusammentreten sollte, aber infolge der Aufhebung dieser Sitzung nicht zusammentrat, hat man diese Verordnung gründlichst mißverstanden. Es handelte sich wohl im wesentlichen darum, im gewöhnlichen Geschäftsgange die früheren Bundesrats-Verwaltungsangelegenheiten zur Erledigung zu bringen, a'so z. B. die Ernennungen von gewissen Reichsbeamten in der bisher üblichen Weise durchzuführen (man denke an das Vorschlagsrecht des Bundesrates hinsichtlich der Mitglieder des Rechnungshofes, des Reichsgerichts, der Mitglieder des Versicherungsbeirats und ähnliches, vgl. Laband, Staatsrecht I, S. 263 f.). Daß die Ernennung selbst vom Rate der Volksbeauftragten zu erfolgen hat, ist wohl nicht bezweifelt worden. Bei der Beurteilung derartiger Regelungen muß man sich vergegenwärtigen, daß wir uns in einer Übergangszeit befinden, und daß das Unheil, welches der Goethesche Zauberlehrling durchmachte, gar nicht mit dem wüsten Durcheinander vergleichbar wäre, das bei einer plötzlichen Schließung einer eingearbeiteten „Reichsbehörde" (mehr ist der Bundesrat zurzeit nicht) eintreten müßte. Daß wir zurzeit noch eine „Reichskanzlei" besitzen, daß aber der „Reichskanzler" jetzt als „Reichsregierung" firmiert, alles das sind allenfalls etatsmäßig nicht unwichtige, an sich aber einem praktischen Bedürfnis der Übergangszeit Rechnung tragende Regelungen, die auch die allgemeine Billigung erfahren haben. Ebenso ist die Errichtung verschiedener neuer Reichsämter beurteilt worden (Demobilmachungsamt, Reichsluftamt, Reichsverwertungsamt), wie überhaupt alles Organisatorische als Zeichen der ordnungsmäßigen Erledigung und

Arbeitsteilung angesehen worden ist. Man kann bei diesen Regelungen die Notwendigkeit der „Verordnung mit Gesetzeskraft" nicht einsehen. Der Rat der Volksbeauftragten hätte diese Verwaltungsbefugnisse aus der von ihm innegehabten Gesamtverwaltung delegieren können.

2. Als weiteren Inhalt der Regierungsgewalt bezeichnen wir die „Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Lebens". Während auf dem eben bezeichneten Gebiete eine Normensetzung nur im Sinne von Verwaltungsregelungen erforderlich war, beginnt hier das Gebiet der Normensetzung zwecks Rechtsregelung, und gleichzeitig im Gebiet, um das alle Grundfragen des Staatsrechtes als Geister, die durch die Revolution geweckt sind, umherflattern. Zunächst erblickt man die Frage der Staatsgewalt, des Herrschaftsverhältnisses, der Autorität, und welche Stellung man auch einnehmen mag, jedem im Tatsächlichen begründeten Ergebnis stellt sich zunächst der rechtsstaatliche Gedanke entgegen. Der Amerikaner Carter (Law 1907) unterscheidet zwischen Conduct of Life, Willensregulierung, und der Category of public machinery, womit er das in der Staatsmaschine Verdinglichte, die Organisation nicht in ihrer verfassungsmäßigen gewollten, sondern in ihrer realen Ausgestaltung meint, wie wir sie in diesem Kapitel zu beschreiben versucht haben (vgl. Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, S. 215, über die Positivierung des Rechtsstaates im Verfassungsgesetz). Viel von dem Gedanken der staatlichen Allmacht auf der einen Seite, aber auch auf der anderen Seite von der ausschließlichen Betonung des Gemeinschaftswillens fällt hinweg, wenn man gerade bei der Frage der staatlichen Macht an die physische Ausgestaltung, an die Maschinerie denkt und erwägt, wie gerade die Fragen der Verfassungswandlungen und des „ungeschriebenen Verfassungsrechts" (Smend) mit der Art des Funktionierens der Maschinen zusammenhängen. Der Begriff „Organisation" ist Phrase ohne das Tatsächliche, ohne die Maschinerie, die dem organisatorischen Gedanken dient. So bedeutet z. B. im Gesellschaftsrecht die „Fusion" im Leben der Aktiengesellschaften nicht nur das Juristische, sondern die Umgestaltung der Büros, der Vereinfachung des Betriebes, die Änderung in der Geschäftsleitung, in der Besetzung der Aufsichtsratsstellen usw. Gerade für das staatsrechtliche Problem hat uns der Krieg Eigenartiges gezeigt. So wurde am 5. November 1916 „ein Königreich" Polen errichtet. Das war

zunächst Organisations-Programm. Dann trat aber Konkretes hinzu, der „Regentschaftsrat", der als Armee gedachte Haufe, dann die Gerichte usw., also das Organisierte. Ebenso ist im Staatsrecht das Institutionelle z. B. der Grundsatz über die Teilung der Gewalten so lange Programm, bis die organisierte Verselbständigung in der „public machinery" hervortritt, in dem was „Behördenapparat" genannt zu werden pflegt, wobei man aber nicht nur an Behörden im engeren Sinne, sondern auch an die Truppen, an das Heer, an die Polizeimannschaften usw. zu denken hat. Die Organisationierung staatlicher Macht besteht in der Schaffung des Physischen. Dabei wird nicht nur um der Macht willen geschafft, nicht nur zur Durchsetzung des staatlichen Imperius selbst, sondern zum Schutz und zur Durchsetzung anderer als rein staatlicher Machtziele, z. B. zur Sicherung des Rechts wird die Gerichtsbarkeit eingesetzt, wie auch zum Schutz der religiösen Freiheiten der Volksgenossen von Staatswegen Reales geschafft wird. Daß die weitere Durchbildung des physisch Geschaffenen vom Gedanklichen abhängt, haben wir schon erörtert, wir haben aber auch schon angedeutet, daß die verdinglichte Staatsmacht ebenso wie alles Organisierte als etwas Absolutes benutzt werden kann. Ebenso wie ein Bankgebäude im besetzten Gebiete als „Kommandantur", wie jede Zeitungsdruckerei für jede Zeitung benutzt werden kann, so kann die Reichskanzlei und das Reichskanzlerpalais von der neuen Reichsregierung benutzt werden und ebenso kann diese, um ihr Imperium zu sichern, eine Division oder ein Armeekorps der alten Heeresgliederung entnehmen. Der Begriff der Staatsgewalt und hier der Regierungsgewalt ist immer ein tatsächlicher und das, was zu unrecht von der „gesetzgebenden Gewalt" gesagt worden ist, gilt für die Staatsgewalt: von ihr kann Besitz ergriffen werden. Dabei ist Staatsgewalt immer als Imperium zu denken. Denn ohne „Autorität" ist der Staat kein Seiendes. Das gilt auch für den Volksstaat. Hier ist der Staat das Volk in selbstgewollter und selbstorganisierter Gesamtgebundenheit, das staatliche Imperium ist also zunächst als Organisation gewollt und tritt nach Maßgabe der physischen Ausgestaltung in die Erscheinung. „Der Staat ist, so sagen wir weiter mit Gierke, zwar Allgemeinheit, aber er ist keineswegs, wie eine verbreitete Auffassung lehrt, die menschliche Allgemeinheit schlechthin (Die Grundbegriffe des Staatsrechts, 1915, S. 99)." Und gerade diese hier niedergelegte Auffassung des staat-

lichen Imperiums entspricht dem Gedanken der selbständigen Macht des Rechtes. „Staatsleben und Rechtsleben sind zwei selbständige und spezifisch verschiedene Seiten des Gemeinlebens“ (Gierke a. a. O. S. 105). Der Staat ist auf das Recht und das Recht ist auf den Staat „angewiesen und könne erst durcheinander ihre wirkliche Lebenserfüllung finden“ (Gierke a. a. O.). Die „Tatsache der Herrschaftsordnung“ wird unter das Recht gestellt, aber nicht zu vergessen ist, daß die Herrschaft als solche Tatsache ist. Staatsgewalt ist, was zurzeit für das Strafrecht praktisch werden kann, auch die tatsächliche Regierungsgewalt des Rates der Volksbeauftragten; sie ist als provisorische Staatsgewalt vom Volkswillen aufgenommen und insoweit ist mit der Beschränkung auf das Provisorische ihr Wirken auch gebilligt.

Und gerade hier beginnt die von Ebert auf dem Kongreß erwähnte Schwierigkeit. Unser Recht einschließlich des Staatsrechts ist rechtsstaatlich durchdacht, und mitten in den Rechtsstaat hat die Revolution eine Staatsgewalt eingesetzt, die nicht rechtsstaatlich ist. Denn die allgemeine Billigung ist etwas zu Allgemeines, und wenn sie auch einen Rechtsgedanken enthält, so widerspricht dieser Gedanke wegen seiner Allgemeinheit dem rechtsstaatlichen Prinzip, das nicht allgemein Ermächtigung zu staatlichem Handeln, sondern Normierung, das heißt Auflösung des allgemeinen in einzelne das „gemeinheitliche Willensgebiet“ regelnde Rechtssätze, gebietet. Die in dem Rechtsstaat durch die Revolution eingesetzte Staatsgewalt kann „rechtsstaatlich“, wie wir dies eben gesehen haben, handeln als „gesetzmäßige Gewalt“. Auf diesem Gebiete liegen Normen vor, die sie zu beachten vermag. Es treten aber neue Aufgaben auf. Einmal will sie sich als Staatsgewalt selbst behaupten. Sie will daher die Revolution zur Ordnung umleiten. Sie hat für das Staatswohl zu sorgen. Sie hat genau, wie dies im besetzten Gebiet Aufgabe der Regierungsgewalt war, „für die Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Lebens zu sorgen. Den Rechtsstaat will sie respektieren und polizeistaatliche Aufgaben hat sie zu erfüllen. Sie kann diesen Aufgaben häufig nur durch Normensetzung gerecht werden. Drohen Putsche, so muß sie in der Volksgenossen Interesse und zur Selbstbehauptung eine Wehrmacht besitzen, wird die öffentliche Sicherheit durch Waffenbesitz der Spartakiden, wird das Reichsgebiet durch den Einfall polnischer oder bolschewistischer Horden gefährdet, so muß sie

handeln, und kann nur handeln durch Normen, die sie der Allgemeinheit setzt. Welches Recht gilt dann aber für sie selbst; sind bei der Neuheit der Aufgaben klare Grenzen zwischen dem verwaltungsmäßig Erlaubten und der Normensetzung zwecks Rechtsregelung zu ziehen? Was ist hier Verwaltungsstrafrecht, was Kriminalstrafrecht? Die neue Reichsregierung hat plötzlich reichspolizeiliche Aufgaben, aber wo ist die rechtliche Grundlage der Reichspolizeigewalt?

Keine dieser Fragen kann klar beantwortet werden, fest steht nur, daß die reichspolizeiliche Aufgabe da ist und zu lösen ist und nur durch Handeln der Regierung gelöst werden kann. Auch für den Juristen sollte hierbei etwas feststehen: daß er nicht die schlechte naturrechtliche Methode benutzen darf. Weder das „Videant consules", noch (vgl. Hatschek, Ursprung der Notverordnung, Grünhart 1900, S. 1 ff.; Englisches Staatsrecht, I, S. 614 ff. „and yet sometimes when the state is in real danger, even this may be a necessary measure") die englische Lehre vom Staatsnotstande bei Blackstone, noch die Übertragung des von Locke für die „Prärogative" aufgestellten Satzes: „Prerogative is nothing but the power of doing public good without a rule" (vgl. Alfred Friedmann, „Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen, Enke 1903), noch das alte „ius supereminens" (vgl. Spiegel), noch all das, was im Staatsrecht über Notstandsverordnungen geschrieben worden ist — darf der Jurist hier für die neue Reichsregierung „analog" anwenden. Eine allgemeine von Zeit und Ort unabhängige Rechtsordnung gibt es nicht. Der Jurist kann das, was sich aus der Entwickelung heraus neu bildet, mit alledem vergleichen, muß aber die neue Gestaltung in die eigene Rechtsordnung einstellen.

Die neue Gestaltung war eine ehrliche, weil nicht versucht wurde, Normen anzuwenden, die nicht mehr bestanden. Was als Normensetzung gebraucht wurde, wurde auch gesetzt, es wurden künstliche Unterscheidungen vermieden. Man mußte Anordnungen treffen, deshalb sprach man von „Verordnungen", die Anordnungen sollten befolgt werden, deshalb sprach man von „Gesetzeskraft".

So wurde die Verordnung mit Gesetzeskraft in das Revolutionsrecht eingeführt. In dem Aufruf des Rates der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 12. November 1918 hieß es „von der aus der Revolution hervorgegangenen Regierung":

„Sie verkündet schon jetzt mit Gesetzeskraft". Von demselben Tage datiert eine andere Verordnung (RA. vom 15. November) über Arbeiterschutz, in der es heißt „Die Verordnung hat Gesetzeskraft". Diese „Verordnung mit Gesetzeskraft" ist in der Sprache der zur Reichsregierung oder zu Reichsbehörden gehörenden Personen als „Notverordnung" bezeichnet worden. Während der Drucklegung dieser Arbeit erschien in der Vossischen Zeitung vom 4. Januar 1919 (Abendblatt) ein Artikel des Oberverwaltungsgerichtsrats Dr. Damme über die Frage „Wer erläßt jetzt Reichsgesetze?" Dieser Aufsatz, dessen Inhalt noch berücksichtigt werden kann, beschäftigt sich mit einer Anzahl formeller Fragen. Damme spricht über den Artikel 2 der Reichsverfassung und über die hiernach gebotene „Form der Veröffentlichung von Reichsgesetzen". Er rügt, daß es heißt „Diese Verordnung hat Gesetzeskraft". Er sagt weiter:

„Wenn daher die gegenwärtigen Machthaber sich weiter des Reichsgesetzblattes für Verkündigungen bedienen, so muß man im Grundsatz davon ausgehen, daß die von *ihnen* in ihrer Gesamtheit ausgehenden und dort erscheinenden Erlasse Gesetzeskraft haben. Daher ist die Bemerkung, welche seit dem 12. November 1918 den Erlassen des Rates der Volksbeauftragten angehängt wird: „Diese Verordnung hat Gesetzeskraft" zum mindesten überflüssig ..... Jener Zusatz ist aber nicht nur überflüssig, sondern auch bedenklich, da er den Zweifel ins Volk trägt, ob die Erlasse der Volksbeauftragten Gesetzeskraft haben, wenn sie *nicht* von jener Bemerkung begleitet sind."

Dann folgen Ausführungen über die Art der Vollziehung. Damme rügt die Inkonsequenz; manchmal haben alle gezeichnet, manchmal einzelne usw. Die „gesetzgebende Gewalt" setzt er voraus, ohne sie zu begründen.

Wir halten Dammes Ausführungen für abwegig. Es ist praktisch, daß sich der Rat der Volksbeauftragten des Reichsgesetzblattes bedient. Es ist die übliche Art der Verkündung gewesen, und der Rat der Volksbeauftragten *kann sich selbst in der Weise beschränken*, daß er die Normen, deren Gesetzesgeltung er wünscht, ausschließlich im Reichsgesetzblatt veröffentlicht. Er könnte sich aber ebensogut des Maueranschlages bedienen und der öffentlichen Verkündung und des Ankleben an Säulen usw. Es *kann gar keine Rede davon sein, daß der Art. 2 der Reichsverfassung*, der mit zu den Grundsätzen über den Weg der Reichsgesetzgebung gehört, während der Revolutionszeit gilt. Man kann die Bestimmungen der Reichsverfassung nicht aus ihrem Zusammenhange reißen. Es erscheint auch gar nicht bedenklich, daß

Unklarheit „ins Volk" getragen wird. Das Volk ist eben der dominus legis. In formeller Hinsicht ist wichtig, daß eine klare Norm gesetzt wird, daß sie unterschrieben ist, und daß der Zusatz „Reichsregierung" oder „Rat der Volksbeauftragten" vorhanden ist. Alles andere ist gleichgültig. Denn die Bestimmungen über die Art der Verkündung haben sich die Volksbeauftragten selbst zu setzen. Um formelle Reichsgesetze handelt es sich nicht. Es ist auch gleichgültig, ob die Norm, als „Verordnung mit Gesetzeskraft", „als Gesetz" oder „als Verkündung mit Gesetzeskraft" auftritt. Das tritt alles als unerheblich zurück gegenüber der einzig wichtigen Frage, ob die Norm von dem Volkswillen rezipiert wird. Die provisorische Regierung war sich über ihre „provisorische" Natur klar. Sie sah aber, daß die Demobilmachung, das Verkehrswesen, die Finanzlage des Reiches, die Okkupation deutschen Gebietes, die Arbeiterfragen, die Frage des Schutzes der Kriegsteilnehmer, der Einberufung der Nationalversammlung, der Grenzschutz usw. dringende, unaufschiebbare Maßnahmen erforderten. Sie sah noch andere Notwendigkeiten: jede Revolution tritt mit der Behauptung auf, ein veraltetes Gesetz oder eine unhaltbar gewordene Gesellschaftsordnung ersetzen, den alten Nomos beseitigen zu müssen. Es sei nur an eine einzige von den vielen Revolutionen erinnert, an die römische Revolution zur Zeit der Gracchen (Mommsen, Römische Geschichte, II, S. 93 ff.), weil sie eine soziale Revolution unter Erhebung des Proletariats war, weil bei ihr Landaufteilung, Verfassungsänderungen, Getreideverteilungen, Änderung der Wahlordnung, Reform der Strafgesetze usw. verlangt wurden*).

An diese Forderung der jetzigen Revolution denkt der Aufruf vom 12. November, wenn er mit den Worten beginnt:

> „Die aus der Revolution hervorgegangene Regierung, deren politische Leitung rein sozialistisch ist, setzt sich zur Aufgabe, das sozialistische Programm zu verwirklichen. Sie verkündet schon jetzt mit Gesetzeskraft folgendes usw."

Auch dieser innere Notstand ist nicht ohne Bedeutung. Es

*) Eine Zusammenstellung der Revolutionstendenzen findet sich in einer historisch nicht auf vollster Höhe stehenden, aber recht brauchbaren Schrift von Paul Liman, Berlin 1906; ferner vgl. Max Nordau, „Die konventionellen Lügen der Kulturmenschheit", Leipzig 1884.

handelt sich hier für die Revolutionsgewalt um die „Logik der Revolution", um etwas als Notwendigkeit Empfundenes, dem, wie alle Regelungen der Revolutionsgewalt die rechts- und volksstaatlichen Erwägungen entgegentraten. Dazu kam gerade auf diesen Gebieten die wirtschaftliche Erwägung, welche „sofortige" Maßnahmen dann unser durch den furchtbaren Krieg so geschwächter Wirtschaftskörper vertragen kann, und endlich Erwägungen, die mit den Friedensverhandlungen und der auswärtigen Politik zusammenhingen. Alle diese Gedankengänge sollen nur angedeutet werden; denn sie sind wichtig für die rechtliche Qualifizierung der „Verordnung mit Gesetzeskraft" sowie für die Frage der Aufnahme der getroffenen Regelung in den Volkswillen.

Der Rat der Volksbeauftragten wollte da, wo die Notwendigkeit der Regelung sich ihm als Muß für die Ordnung, für den Frieden unter den Volksgenossen, für die Wiederherstellung des öffentlichen Lebens ergab, handeln und zwar sowohl auf dem Gebiete des Staatsnotstandes selbst wie auf dem Gebiete des inneren Notstands, der Logik der Revolution.

Das faßte er als Inhalt der „Regierungsgewalt" auf; sowohl als „provisorische Regierung" wie als die „aus der Revolution hervorgegangene Regierung" wollte er sich auf die Regelung aus dem Notstand und auf die Regelung des Notwendigen beschränken. Das ist das Gesetz, welches der Rat der Volksbeauftragten sich selbst gab, und dieses Gesetz hat er auch bisher befolgt.

Nicht alle Regelungen sind glücklich formuliert, manches Bedenken ist zu äußern und ist auch geäußert worden. Aber im allgemeinen ist die Berechtigung der Regelung des Notwendigen aus dem Notstande sowohl auf dem Gebiete des Staatsnotstandes wie auf dem Gebiete des inneren Notstandes, der Logik der Revolution anerkannt worden und diese Anerkennung hat die Aufnahme der gesetzten Normen in den Volkswillen vermittelt. Woran erkennt man nun „diese Aufnahme" in den Volkswillen, die Rezeption der gesetzten Notstandsregelung?

Dabei ist zu berücksichtigen:

1. Der Umstand, daß hinter dem Rate der Volksbeauftragten der in ihm organisierte revolutionäre Teil des Volkes steht.

2. Sodann ist die Frage zu prüfen, ob die Regelungen in der nichtrevolutionären Presse, in der Übung, sowie im Gerichtsgebrauch angenommen wurden.
3. Ferner ist zu fragen, ob ein Widerstandsrecht eingesetzt hat und ob es bedeutsam war.

Diese „Aufnahme in den Volkswillen" mögen manche als „Fiktion" ansehen. Richtig ist an dieser Kritik folgendes: Unser Volk ist an Gehorsam gewöhnt, an Verehrung der Obrigkeit und nimmt, obwohl es der dominus legis ist, eine Regelung leicht an. Auch dieses psychologische Moment ist nicht unerheblich. Stammler spricht in Wirtschaft und Recht, S. 494 u. 670, von der „einseitig originären Rechtsbildung", als deren Voraussetzung er „Gewaltbefehle" ansieht. Er sagt (S. 494): „Es kommt allemal darauf an, daß durch Macht und Gewalt neue Rechtsnormen begründet werden können, ohne daß dieses sich auf die vom geltenden Rechte gegebenen Vorschriften über Rechtserzeugung stützt." Dem würden wir auch für den provisorischen „Volks- und Rechtsstaat" nicht beistimmen können. Stammler schränkt dies aber in einer Anmerkung S. 670 ein. „Freilich," sagt er, „ist hierzu nötig, daß auch auf der Seite des verbündeten Willens das vertrauende Hingeben an die als unverletzbar aufgestellte Bindung besteht". Dieses Vertrauensmoment, das in dem Vertrauen zur Obrigkeit liegt, vermittelt in der Tat die Aufnahme des Gesetzten und gehört mit zu den „Wertschätzungsmomenten", die auch bei der größten in der Rechtsgeschichte des deutschen Volkes sich findenden Rezeption eine Rolle gespielt haben. Verstärkt wird dieses Vertrauensmoment durch den Gerichtsgebrauch, d. h. durch die Frage der Anwendung des neuen Rechtes durch die Gerichte. Endlich erscheint folgende während der Drucklegung dieser Arbeit veröffentlichte Kundgebung deutscher Juristen wichtig:

Der Präsident des Kammergerichts, der Dekan der juristischen Fakultät der Universität Berlin, der Vorsitzende des Vorstands der Anwaltskammer in Berlin und der Vorsitzende des Groß-Berliner Juristenbundes haben mit Zustimmung und zugleich im Namen der Präsidenten des Reichsgerichts und des Bayerischen Obersten Landgerichts, sowie der Präsidenten fast sämtlicher Oberlandesgerichte und Oberverwaltungsgerichte, der juristischen Fakultäten fast sämtlicher deutscher Universitäten und der Vorstände fast sämtlicher deutscher Anwaltskammern dem Rate der Volksbeauftragten nachstehende Kundgebung zugehen lassen:

„Das Vertrauen des deutschen Volkes zur Rechtssicherheit darf nur durch die eingetretene politische Umwälzung nicht erschüttert werden. Wir deutschen

Juristen, die der Rechtspflege und Rechtslehre dienen, müssen fordern, daß über alle Erschütterungen der Gegenwart hinaus das heilige Volksgut des Rechtes unverletzt bleibt. Darum erheben wir aus Gewissenspflicht warnend die Stimme, daß nicht Gesetzgebung, Richtergewalt und Rechtseinheit willkürlichen Eingriffen irgendwelcher Art preisgegeben werden.

Wir erkennen an, daß, wo immer öffentlicher Notstand eine unaufschiebbare Änderung des Rechtes im wohlverstandenen Interesse des Ganzen erheischt, auch einer nur tatsächlich bestehenden Staatsgewalt die Befugnis zum gesetzlichen Einschreiten nicht verwehrt werden kann. Wir bestreiten aber eine solche Berechtigung überall da, wo ohne eine wirtschaftliche oder sonstige Notlage nur zur Sicherung parteipolitischer Ziele die gegenwärtige Gesetzgebungsgewalt in Tätigkeit tritt und damit in die Rechte der zukünftigen deutschen Nationalversammlung oder der von ihr zu schaffenden ordentlichen Organe der Gesetzgebung übergreift."

Hier wird ein Bekenntnis zum „materiellen Rechte" ausgesprochen, daneben wird das Notstandsrecht der Revolutionsgewalt anerkannt, wenn auch unter Beschränkung auf den äußeren Notstand. Bemerkt sei aber, daß auch Erlasse, die aus dem inneren Notstand hervorgegangen sind, insbesondere die Amnestieerlasse, die Einführung des Achtstundenarbeitstages in der Praxis angewandt worden sind.

Im übrigen scheint der Irrtum, der bei den Volksbeauftragten bezüglich „der Allmacht der gesetzgebenden Gewalt" bestand, sich in der letzten Zeit schon etwas geklärt zu haben.

Am 30. Dezember 1918 veröffentlichte die Reichsregierung (Ebert, Scheidemann) „die Steuerpläne der Reichsregierung". Es wurden die allgemeinen Grundlinien dargelegt, die Veröffentlichung wich aber von dem bisher Geübten darin ab, daß die Entwürfe der öffentlichen Kritik unterbreitet wurden. Aufmerksamen Lesern des Reichsanzeigers wird es nicht entgangen sein, daß hier zum ersten Mal die Unterschrift des Herrn Schiffer mit den Unterschriften der Reichsregierung zusammen erscheint. Weder mit der Verordnung mit Gesetzeskraft betreffend die Sicherung der Kriegssteuer vom 15. November 1918 (RA. vom 16. November 1918), noch bei der Verordnung über die Kapitalabwanderung vom 21. November 1918) (RA. vom 26. November 1918) findet sich die Unterschrift Schiffers. Gerade bei einer so einschneidenden Maßnahme, wie sie die Steuerpläne der Regierung vorsehen, kann ein Provisorium nicht genügen. Im eigenen Interesse des „Reichsfiskus", den es nicht mehr gibt, weil er sich mit dem Volksinteresse deckt, muß ein Gesetz gefordert werden. Anders darf es im Rechtsstaat nicht gehandhabt werden. Darüber, was die Republik vom Einzelnen

an Steuern zu fordern hat, muß eine unzweifelhafte Grundlage geschaffen werden.

Folgende Frage ist noch aufzuwerfen:

Wie steht der Richter diesen Verordnungen gegenüber? Die Unantastbarkeit der richterlichen Unabhängigkeit ist bis zum Ende des Jahres 1918 nicht angezweifelt worden. Da unsere Gerichte Landesgerichte sind, ist der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte nicht für das Reich, sondern für Preußen während der Revolution von der Preußischen Regierung neu erklärt worden (RA. vom 18. November 1918), was wohl in Übereinstimmung mit dem Rate der Volksbeauftragten geschah.

Ist der Richter servus legis, „Subsumtionsmaschine", den „Verordnungen mit Gesetzeskraft" gegenüber? Woher hat man die „Subsumtionsmaschine" geholt? Aus dem § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877. Da steht „nur dem Gesetz unterworfen". Dann muß man aber weiter nach der Bedeutung des Wortes „Gesetz" fragen. Das Wort „Gesetz" im § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes setzt die Gewaltenteilung des konstitutionellen Staates voraus. Mit der Beseitigung dieser Gewaltenteilung durch die Revolutionsgewalt schwindet auch jede Möglichkeit, den Richter zur „Subsumtionsmaschine" zu machen. Er hat eine freiester Evolution angehörende Norm anzuwenden und einer solchen Norm steht er frei gegenüber, so frei wie das deutsche Feldgericht dem Kriegsgebrauch gegenüber dastand, und so frei wie der englische Richter immer dasteht. Auch die Bedenken gegen diese oder jene Regelung durch den Rat der Volksbeauftragten wird man zurückstellen können, wenn man sich darüber klar ist, daß unrichtiges Notstandsrecht keine Verwirklichung durch Richterspruch finden wird.

Insbesondere hat der Richter zu berücksichtigen, daß jede „Verordnung mit Gesetzeskraft" aus dem Notstand hervorgegangen ist, und „ein Notstand", so sagen wir mit Titze, „liegt dann vor, wenn eine drohende Gefahr uns vor die Alternative stellt, entweder das Übel, das sie mit sich bringt, auf uns zu nehmen, oder — wir wollen jetzt allgemein sein — zu irgendeiner bestimmten Handlung zu greifen." Ferner ist davon auszugehen, daß jede Notstandsregelung materiell auf das Notwendigste beschränkt und in diesem Sinne auszulegen ist. Auch die Äußerung eines Widerstandsrechts hat der Richter zu beachten.

Die große Ähnlichkeit des hier behandelten Notstandsrechts mit den Notstandsverordnungen, wie wir sie im Staatsrecht, insbesondere in dem Artikel 63 der preußischen Verfassungsurkunde, hatten, ist so auffallend, daß aus dem Gedankengange der staatsrechtlichen Notstandsverordnung dem Notstandsrecht der Volksbeauftragten gegenüber eine Anzahl von Fragen erhoben werden.

Praktisch wichtig ist hier die Frage: Sind die Notstandserlasse der zukünftigen Nationalversammlung zur Genehmigung vorzulegen? Existiert also eine Garantie des Inhalts, daß eine Rechtfertigungspflicht des Rats der Volksbeauftragten für diese Erlasse der Nationalversammlung gegenüber besteht. Wir wollen die Frage der allgemeinen Verantwortung des Rats der Volksbeauftragten vor der Nationalversammlung hier ausschalten, müssen uns aber darüber klar sein, daß wir nicht ohne weiteres nach der Aufhebung des Verfassungsrechts, des alten contrat social, durch die Revolution alte verfassungsrechtliche Grundsätze als positiv gesetztes Recht in die Revolutionszeit und aus ihr heraus in die Zeit der Nationalversammlung übertragen dürfen.

Unterstellt man die Aufnahme der Notstandserlasse in den Volkswillen, so ist zunächst davon auszugehen, daß der Notstandserlaß in der Regel mit seiner Beschränkung auf das Notwendige als Provisorium gewollt ist. Soll die Regelung von dieser Beschränkung befreit werden, so bedarf es eines Ausspruches desjenigen Organes, das den Gesamtvolkswillen darstellt. Hierzu kommt noch folgende praktische Erwägung. Auch bezüglich der Aufnahme in den Volkswillen besteht eine nicht zu verkennende Schwierigkeit. Diese liegt in der Besetzung großer Teile deutschen Gebietes durch den Feind. Ebenso wenig wie wir während der Okkupation die belgischen, französischen, russischen usw. Staatsorgane als berechtigt angesehen haben, im okkupierten Gebiete Regelungen zu treffen, ebenso wenig werden wir wohl erwarten können, daß die Entente auch „die vom Volkswillen aufgenommenen Notstandserlasse" der jetzigen Reichsregierung als Recht für die von ihr besetzten Gebiete anerkennt. Eine Ausnahme hiervon besteht dank der klugen Politik, die in einem ganz gleichliegenden Falle während des Deutsch-Französischen Krieges 1870/71 von Bismarck in den damals okkupierten Teilen Frankreichs, insbesondere in dem damaligen Generalgouvernement in Elsaß (vgl. hierüber Löning, Straßburg 1874, S. 192 ff. und ferner S. 179 ff.) befolgt worden ist hinsichtlich des Wahlgesetzes. Es sei daran erinnert, daß noch 1871

in der Zeit zwischen der Versailler Konvention vom 28. Januar 1871 und dem Präliminarfriedensvertrag vom 26. Februar 1871 die Wahlen für die Versammlung in Bordeaux in Frankreich stattfanden. Obwohl gar kein Zweifel daran bestand, daß Elsaß-Lothringen abgetreten werden würde, erkannte die damalige deutsche Regierung den Elsaß Lothringern das Recht zu, für die Versammlung in Bordeaux zu wählen. Es wurde der richtige Standpunkt eingenommen, daß zunächst einmal Elsaß Lothringen noch zu Frankreich gehöre und daß die Bevölkerung dieser Landesteile das Recht habe, in der Versammlung zu Bordeaux vertreten zu sein. Mit dieser Klugheit, die einen Staatsmann wie Bismarck auszeichnete, wollen die Herren Clémenceau und seine Freunde sich nicht belasten. Für Elsaß-Lothringen werden sie irgendeine geheimnisvolle der französischen Natur und dem „galligen" Geiste entnommene Ausnahme entdecken. Und doch ist zu sagen, wie töricht es von ihnen ist, so zu handeln, denn sie haben es so leicht, gerecht zu sein und der „beau geste", den sie immer von den anderen verlangen, ist wirklich in diesem Falle für sie so billig, denn er wird den Friedensvertrag leider in keiner Weise beeinflussen. Aber wir müssen uns damit begnügen, daß in den anderen besetzten Teilen das Recht der Bevölkerung an den Wahlen zur Nationalversammlung teilzunehmen, anerkannt werden wird. Mit der Ausübung des Wahlrechts durch die einzelnen Volksgenossen steht dann fest, daß die Nationalversammlung, wie sie zustande kommt, Organ des gesamten Volkswillen wird. Gerade wegen der Verhältnisse im okkupierten Gebiete, erscheint es richtig, die Notstandserlasse durch die Nationalversammlung bestätigen zu lassen. Erfolgt die Sanktion des Notstandserlasses durch die Nationalversammlung, die sich wohl selbst als hierfür zuständig erklären wird, so sollte der genehmigte Notstandserlaß in der Form des Gesetzes nochmals veröffentlicht werden. Wird der Notstandserlaß nicht genehmigt, so hat seine Aufhebung zu erfolgen, die ebenfalls zu veröffentlichen ist. Die Aufhebung wird im allgemeinen keine rückwirkende Kraft haben (vgl. Friedmann a. a. O. S. 148 ff.).

Obwohl das Reichswahlgesetz als Aufgabe der Nationalversammlung nur die Festsetzung der neuen Verfassung bezeichnet, werden sich für die Versammlung eine Anzahl legislatorische Aufgaben ergeben. Es muß mithin die Nationalversammlung selbst die „Form" des Gesetzes bestimmen. Endlich sei noch zum

„Reichswahlgesetz" selbst folgendes bemerkt: Daß gerade diese Anordnung dem drängendsten Notstand entsprungen ist, wird wohl von fast allen Volksgenossen anerkannt werden. Diese Verordnung konnte ihrer Natur nach nicht „provisorisch" gewollt sein und wurde wohl deshalb „Gesetz" genannt. Manche Bedenken sind geäußert worden, aber was Erich Kaufmann (Deutsche Juristenzeitung, 1919, S. 25 ff.) sagt, dürfte zutreffen: „Trotzdem ist der Erlaß des Gesetzes in der breitesten Öffentlichkeit mit einem Gefühl der Erleichterung aufgenommen worden: die Tatsache, daß überhaupt eine Nationalversammlung in Aussicht gestellt wurde, hat so beruhigt, daß man an eine kritische Erörterung nicht gedacht hat." Mithin kann bei dem Reichswahlgesetz von einer definitiven Aufnahme in den Volkswillen gesprochen werden.

Dagegen kann nicht eingesehen werden, weshalb der Notstandserlaß vom 12. Dezember 1918, betr. Bildung einer freiwilligen Volkswehr als „Gesetz" bezeichnet wurde, wenngleich die Bezeichnung an sich gleichgültig ist.

Wir haben versucht, die Regierungsgewalt des Rats der Volksbeauftragten darzustellen, haben aber noch etwas nicht erwähnt: Trotz besten Willens und ehrlichsten Strebens nach gerechtem Verwalten bei der Regierung, trotz Anerkennung und „Rezeption" durch die „Regierten" — die Atmosphäre der Schwäche, die das Ganze oben umgibt und die noch deutlicher erkennbar würde — wenn eine starke „Regierungstruppe" existierte, weil auch dann die Stärke immer nur bei der Truppe und nicht bei der Regierung liegt. Sie, die Volksbeauftragten, üben Polizeiregiment aus, fühlen aber nichts davon, daß Preußens größter König, der auch einmal ganz dicht bei Berlin seine Staaten „polizeistaatlich" regierte, in die Memoiren, die der Geschichte des Hauses Brandenburg „dienen sollten", den Satz vom „premier serviteur" und „premier magistrat de l'état" eintrug, von seinen „Reskripta" aber nicht wollte, daß sie als Änderung des geltenden „Rechtes" aufzufassen seien. Sie, die Volksbeauftragten, sitzen in Bismarcks Haus, und keiner von ihnen wagt es, sich Reichskanzler zu nennen. Mit ihnen spielen „Wolken und Winde": über Plato, Erfurt und Trotzki wird diskutiert.

Gebiet, Bevölkerung, Verwaltungsapparat, Machtmaschinerie, Rechtsorganisation — das mag für die „Dogmatik" genügen: es fehlt aber etwas, „nur" etwas und gerade dieses „nur etwas" macht

aus den einzelnen Teilen samt dem tönenden Erz erst das machtvolle Ganze. Es ist die Volksseele, das in der Geschichte wurzelnde Gefühlsleben des Volkes.

An den Wurzeln des Weltbaumes, so erzählt uns der deutsche Mythus, fließen drei Quellen: das Wasser des Lebens, der Weisheit und des Todes. Das Wasser des Lebens führt den Namen „Urda" nach der ältesten der drei Nornen, die den Weltbaum begießen und grün erhalten. Das Wort „Urd" bedeutet Vergangenheit; es liegt also im Strome der Vergangenheit, der Überlieferung, der aus der Vorzeit fließt, die Kraft der ewigen Jugend und des ewigen Lebens. Aus ihm schöpft die Volksphantasie heute noch wie zu allen Zeiten, entnimmt ihm alles, was das Wort φαντασία enthält, Vorstellung, Wunder und Traumbild, sehnt sich nach Handlung und Gestaltung gerade heute, nach den Qualen der Kriegsjahre, nach dem Schmerz über den Kriegsausgang und über alles, was mit dem Kriege verloren ging. Und wen trifft die Volksphantasie bei ihrem Suchen? „Die alte Schwiegermutter Weisheit", die Kritik des Vergangenen, die retrospektive Betrachtung. Die alte Schwiegermutter ist eine böse Frau, sie lügt, sie tischt Legenden auf: „Quelle alles Übels", so erzählt sie, „war das Militär, das Heer, die Generale, die Soldaten, die ihr früher so gerne zur Wache begleitet, auf den Paraden bewundert habt. Hätte der General Hoffmann nicht in Brest-Litowsk so aufgetrumpft, dann wäre es anders gekommen." Nichts als Legenden: Hat man schon je einen General gesehen, der das, was seine Truppen erobert, gern herausgeben würde? Doch möchte auch möglichst viel behalten. Es muß an anderem gelegen haben, und nicht, um Gerichtstag zu halten, sondern um der Volksphantasie, die auch die Tüchtigkeit seines Heeres wie seiner Heerführer sich nicht rauben lassen will, zu „begegnen", sollte man doch einmal die Frage aufwerfen: Wer hat denn den Annexionismus vor Brest-Litowsk organisiert, wer war denn die Inspectio generalis der (mit der Kommandogewalt stets kämpfenden) Okkupationsgewalt, und wer spricht denn immer so kaufmännisch von dem „Erkenne dich selbst", weil es gilt, den anderen, das Militär, zu „belasten"? Und da findet man bald ein Gebäude in der Wilhelmstraße; es ist nicht die Reichskanzlei und nicht das Auswärtige Amt; in der Zeit, wo alles „gewendet" wurde, wurde auch die auswärtige Gewalt des Reiches gewendet und daher das „Innere" gezeigt. — Aber das wurde sehr

diskret vorgenommen, sehr wenige wissen etwas von der Rolle, die das Reichsamt des Innern gespielt hat; hier wird sie nun erwähnt, um dieser das Heer, die Heerführer und das ganze Volk herabsetzenden ungerechten Kritik wie einem Teilchen der Legende entgegenzutreten *).

Ein zweites Gebiet, auf dem etwas mehr Respekt vor der Geschichte und vor der Volksseele am Platze wäre: das ist der Sturz der Fürstengeschlechter. Was soll das Gehöhne und Geschimpfe da, wo sich gewaltige Tragik offenbart. Nach dem alten Mythos sind es nicht die Götter, die die Welt erschufen, das Gesetz der Entwickelung ließ sie entstehen, und ließ sie untergehen. Auch bei der Götterdämmerung der Fürstengeschlechter wollen wir an dieses Gesetz glauben. Sind Habsburg und Hohenzollern, Wittelsbach und Wettin und mit ihnen alle übrigen deutschen Dynastien geschwunden, so kann dies immer nur einen Sinn haben: es mußte geschehen; das gewaltige Werk der Einheit des Deutschtums sollte vollendet werden, wie es mit den Fürsten nie möglich gewesen wäre: im Sinne einer verstärkten Zentralgewalt, einer Selbstorganisation selbstbewußter Stämme in selbstgewollter Gebundenheit, mit dem Rechte der Selbstbestimmung auch für die bis vor kurzem von Habsburg regierten deutschen Stämme. Von Friedrichs des Großen wie von Wilhelms des Ersten „Staaten" wird mancher Staat als selbstorganisierter Stamm dem großdeutschen Reichsgedanken besser dienen, als wenn er preußischer Staatsteil bliebe. Der Schmerz um Preußens Veränderung wird die Volksseele ebenso ergreifen wie die Tragik, deren wir eben gedachten. Aber auch er muß überwunden werden im Gedanken an die Totalität, an das höhere Gut, an die deutsche Einheit, und an Ewigkeitswerte, an den Logos des Deutschtums.

Eine gewaltige Aufgabe ist es, nach den vielen Jahren „unpolitischen Sinnes", nach dem unglücklichen Kriegsende, die Phantasie und die Hoffnung des deutschen Volkes neu zu wecken und zu stärken — nicht durch Versprechen von Gütern, die keiner von uns mehr besitzt, auch nicht nach der „Hoffmannschen Methode", kann

*) Eine Bitte wird noch beigefügt. Müssen denn nun gerade wieder dieselben Herren, welche die Inspectio generalis auf dem Gebiete des Okkupationswesens so herrlich ausübten, auch bei der Verfassung, „weil es sich um Staatsrechte handelt", mitwirken? Das muß ja Unglück bringen. Sowohl „der ewig Wechselnde" als „der ewig Sächselnde" sollten doch endlich einmal andere Arbeit verrichten.

dies geschehen, sondern es müssen jene Werte, die der Nation eigen sind, wieder dem Strome der Vergangenheit entnommen, von dem Grunde wieder heraufgeholt werden: der Stolz auf die geschichtliche Vergangenheit trotz des Unglücks und wegen des Unglücks, die Freude an der schönen Sprache, an ihrem Ausdruck im Lied, in der Sage, in der Dichtung, in der Rede, das Verständnis für das Recht, für die Kunst, für die Wissenschaft, die Verehrung großer Männer, die Kenntnis der politischen Ziele im Innern wie Äußern, die Ehrfurcht vor dem, was als Symbol allem Menschentum gemeinsam ist. Diese Kulturaufgabe muß dem Reiche zufallen. Für ihre Verwirklichung werden alte Wege wieder zu wandern sein, Wege, die uns Herder, Goethe und der Weimarer Kreis wie die Gebrüder Grimm gewiesen haben, wie sie bei der Entwickelung unseres Schulwesens fortgesetzt werden. Das wird aber nicht genügen. Neues muß dazutreten unter Zusammenfassung aller geistigen Kräfte der Nation: Die Ausbildung der Volkshochschule und der Volkshochschulkurse. Die Kulturwerte dürfen nicht Arkana einzelner Klassen bleiben, sie gehören dem gesamten deutschen Volke, und nichts wird das Volksbewußtsein mehr stärken, nichts die neuen Organe des Gesamtwillens mächtiger mit dem gesamten Volke verbinden, nichts den Obrigkeitsstaat besser beseitigen und den Volksstaat kräftiger begründen als das Gefühl der Gemeinsamkeit der Kulturwerte. An diesem Gefühle fehlt es bei uns; stark werden wir erst, wenn es vorhanden ist. Hier liegt drängendster Notstand vor, und hier heißt es bald handeln auch für die Träger der Revolutionsgewalt.

Anhang zu Kapitel III.

Die wichtigsten Notstandserlasse der Reichsregierung bis zum 31. Dezember 1918.

I. Erlasse, bedingt durch den Notstand der Republik (Videant).

A. Innerpolitische Angelegenheiten.

a) Organisatorische Erlasse, insbesondere:

1. Verordnung über die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung (Reichswahlgesetz) vom 30. November 1918 (RA. 2. Dezember 1918).

   Ergänzungen vom 6. Dezember 1918 (RA. 9. Dezember 1918), vom 19. Dezember 1918 (RA. 21. Dezember 1918).

Wahlordnung für die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung vom 30. November 1918 (RA. 2. Dezember 1918).

2. Verordnung über die Ermächtigung des Bundesrats zur Ausübung von Verwaltungsbefugnissen vom 14. November 1918 (RA. 16. November 1918).

Hierzu vgl. als Beispiel:

Bekanntmachung, betreffend die Wahl neuer Mitglieder des Reichsgesundheitsamts (durch den Bundesrat) vom 23. Dezember 1918 (RA. 30. Dezember 1918).

3. Errichtung verschiedener Reichsämter:

Demobilmachungsamt vom 12. November 1918 (RA. 13. November 1918).

Reichsluftamt vom 4. Dezember 1918 (RA. 6. Dezember 1918).

Reichsverwertungsamt vom 17. Dezember 1918 (RA. 23. Dezember 1918).

Nicht unbedenklich wegen der „Delegation" der „Strafbefugnisse":

Verordnung über den Erlaß von Strafbestimmungen durch das Reichsamt für die wirtschaftliche Demobilmachung vom 27. November 1918 (RA. 29. November 1918). **(Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet).**

b) Erlasse zur Wiederherstellung der Friedensgemeinschaft unter den Volksgenossen.

α) Landfrieden. (Reichspolizeigewalt.)

1. Bekanntmachung, betreffend Einsetzung einer Kommission zur Untersuchung der Vorgänge am Freitag den 6. Dezember 1918, vom 10. Dezember 1918 (RA. 14. Dezember 1918).
2. Gesetz zur Bildung einer freiwilligen Volkswehr vom 12. Dezember 1918 (RA. 16. Dezember 1918).
3. Verordnung über die Zurückführung von Waffen und Heeresgut in den Besitz des Reiches vom 14. Dezember 1918 (RA. 16. Dezember 1918).

β) Gewerblicher Frieden.

1. Vereinbarung der großen Arbeitgeberverbände mit den Gewerkschaften der Arbeitnehmer. Dieser Vertrag wird vom Rat der Volksbeauftragten mit dem Ersuchen an die Leiter der Reichsbetriebe usw. veröffentlicht, seine Bestimmungen in den von ihnen geleitenden Betrieben zu beachten (Anerkennung der Gewerkschaften als berufene Vertreter der Arbeiterschaft, Unzulässigkeit der Beschränkung der Koalitionsfreiheit, Kollektivvereinbarungen, gemeinsame Regelung und paritätische Verwaltung des Arbeitsnachweises usw.) vom 15. November 1918 (RA. 18. November 1918).
2. Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. Dezember 1918 (RA. 28. Dezember 1918).

— (Ergebnis jahrelanger Entwickelung vgl. Reichsarbeitsblatt seit 1904). —

c) Notstände des Sozialrechts.

α) Arbeiterschutz.

1. Verordnung vom 12. November 1918 (RA. 13. November 1918): Die bei Beginn des Krieges aufgehobenen Arbeiterschutzbestimmungen werden wieder in Kraft gesetzt. Verordnung über den Arbeiterschutz vom 12. November 1918 (RA. 15. November 1918) (Aufhebung des Gesetzes, betreffend Ausnahmen von Beschäftigungsbeschränkungen gewerblicher Arbeiter vom 4. August 1914. Die zugelassenen Ausnahmen gelten höchstens 14 Tage).

β) Soziales Versicherungsrecht.

Hierzu sind zahlreiche Verordnungen ergangen, die hier nicht im einzelnen aufgeführt werden sollen. Sie lassen sich ebenso gut unter I B wie unter II katalogisieren.

γ) Sonstiges Sozialrecht. Beispiele:

1. **Anordnung** über Arbeitsnachweise vom 9. Dezember 1918 (RA. 16. Dezember 1918).
2. Verordnung, betreffend Arbeitsverdienst bei Verkürzung der Arbeitszeit in der Groß-Berliner Metallindustrie vom 7. Dezember 1918 (RA. 9. Dezember 1918).
3. Verordnung über die Arbeitszeit in den Bäckereien und Konditoreien vom 23. November 1918 (RA. 26. November 1918).
4. Verordnung über die Wochenhilfe aus Mitteln des Reichs vom 21. Dezember 1918 (RA. 31. Dezember 1918).

d) Schutz der Volksgesundheit

(zum Teil vom Demobilmachungsamt erlassen).

1. Verordnung über die Verhütung von Seuchen vom 20. November 1918 (RA. 22. November 1918).
2. Verordnung zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten vom 11. Dezember 1918 (RA. 19. Dezember 1918).
3. Verordnung über Fürsorge für geschlechtskranke Heeresangehörige vom 17. Dezember 1918 (RA. 20. Dezember 1918).

e) Wirtschaftliche Demobilmachung und Übergangszeit

(meist vom Demobilmachungsamt erlassen):

Erwerbslosenfürsorge vom 13. November 1918 (RA. 15. November 1918) mit Abänderungen vom 3. Dezember 1918 (RA. 7. Dezember 1918) und vom 21. Dezember 1918 (RA. 24. Dezember 1918).

Ferner folgende 3 Verordnungen:

1. Verordnung, betreffend Umstellung der Betriebe auf Friedensmaterial vom 21. November 1918 (RA. 22. November 1918).
2. Verordnung über die Festsetzung neuer Preise für die Weiterarbeit in Kriegsmaterial vom 21. November 1918 (RA. 25. November 1918).
3. Verordnung über das Inkraftbleiben des bürgerlichen Rechts vom 17. Dezember 1918 (RA. 18. Dezember 1918) (sic!)

Dazu ist zu bemerken, daß auch der Volksstaat Rechtsstaat zu bleiben hat und daß die Überschrift „Inkraftbleiben des bürgerlichen Rechts" gut gemeint sein mag, wenngleich sich hinter dem Ganzen der Gedanke verbirgt, daß das Privatrecht der Kommandogewalt unterliegt. Selbst der Polizeistaat respektierte das bürgerliche Recht. Mit solchen Verordnungen schafft man kein Recht, sondern Prozesse.

Von wirtschaftlichen Verordnungen der Übergangszeit (Papiernot):

1. Verordnung über Druckpapier vom 30. November 1918 (RA. 6. Dezember 1918).
2. Verordnung über die Verlängerung der Verjährungsfrist des § 109 des Reichsstempelgesetzes vom 21. Dezember 1918 (RA. 28. Dezember 1918).
3. Verordnung über die Benutzung von Grundstücken und Gebäuden, Schiffen und Wasserfahrzeugen zu militärischen Zwecken nach Eintritt des Friedenszustandes vom 28. November 1918 (RA. 30. November 1918).
4. Anordnung, betreffend ein vereinfachtes Enteignungsverfahren vom 17. November 1918 (RA. 22. November 1918).

f) Unaufschiebbare Angelegenheiten des Heereswesens.

1. Aufruf betr. Entlassung aus dem Heere in die Heimat vom 15. November 1918 (RA. 16. November 1918 nebst Bekanntmachung ebenda).
2. Verordnung über die Entlassung von Mannschaften bzw. die Löhnung von weiterbeschäftigten Mannschaften vom 18. November 1918 (RA. 19. November 1918). Hierzu Verordnung vom 22. November 1918 (RA. 22. November 1918).
3. Demobilmachung und Landsturmauflösungsbefehl vom 31. Dezember 1918 (RA. 6. Januar 1919).
4. Verordnung, betreffend Maßnahmen zur Besserung der Lage der versorgungsberechtigten Militärpersonen der Unterklassen vom 31. Dezember 1918 (RA. 6. Januar 1919).

g) Schutz der finanziellen Leistungsfähigkeit der Republik.

1. Verordnung über die Sicherung der Kriegssteuer vom 15. November 1918 (RA. 16. November 1918).
2. Verordnung über Maßnahmen gegen die Kapitalabwanderung in das Ausland vom 21. November 1918 (RA. 25. November 1918).
3. Steuerpläne der Reichsregierung vom 30. Dezember 1918.
   (Diese Entwürfe werden hoffentlich wegen ihrer Bedeutung der Nationalversammlung vorgelegt.)
4. Bekanntmachung, betreffend den unrechtmäßigen Verkauf von Heeresgerät, Waffen, Bekleidung und Pferden vom 8. Dezember 1918 (RA. 9. Dezember 1918).

h) Schutz der Kriegsteilnehmer.

Verordnung zum Schutz der Kriegsteilnehmer gegen Zwangsvollstreckungen vom 14. Dezember 1918 (RA. 18. Dezember 1918).

Von dieser Verordnung kann man nur hoffen, daß sie durch Richterspruch vernünftig eingeschränkt wird. Über die Gefahren, welche sie für das Kreditwesen in sich birgt, über die Ungerechtigkeit, die in der Umkehrung der Antrags- und Begründungspflicht nicht nur dem Krieger, der aus dem Felde zurückkommt, sondern auch dem „Kriegsteilnehmer" gegenüber, der seit Jahren wieder in der Heimat sitzt und ähnliche Mängel der grundsätzlichen Regelung vgl. die mittlerweile wohl (Juristische Wochenschrift 1919, Januar) veröffentlichten Ausführungen von Hans Fritz Abraham „Zwangsvollstreckung gegen Heeresangehörige vor und nach ihrer Entlassung". — Schutzbedürftig wären übrigens weit mehr als nicht kriegsbeschädigte Kriegsteilnehmer die Volksgenossen in den jetzt vom Feinde besetzten Gebieten.

B. Äußere dringende Angelegenheiten der Republik.

a) „Heimatschutz Ost" vom 15. November 1918 (RG. 16. November).

b) 1. Verordnung über die Post- und Telegrammüberwachung mit dem Ausland vom 15. November 1918 (RA. 25. November 1918).
2. Anordnung der Reichsregierung über Grenzüberwachung vom 27. November 1918 (RA. 3. Dezember 1918).

c) Verordnung über Zusammensetzung und Geschäftsgang der Kommission zur Untersuchung der Anklagen wegen völkerrechtswidriger Behandlung der Kriegsgefangenen in Deutschland vom 30. November 1918 (RA. 3. Dezember 1918.)

Zu diesem heiklen Thema sei bemerkt: wir werden wohl doch allmählich lernen, Völkerrecht unmittelbar und nicht als „landesrechtlich rezipiertes" Recht anzuwenden. Das erfordert freies Richtertum. Daß hier nur das Reichsmilitärgericht zum Gerichtssitz der Kommission gemacht wurde, ist sehr erfreulich. Denn kein Gericht hat sich völkerrechtlich so bewährt wie das Reichsmilitärgericht. Zu wünschen ist auch folgendes: Während des Krieges war es möglich, daß drei „höchste" deutsche Gerichte (Reichsgericht, Reichsmilitärgericht, Oberprisengericht) in den Fragen der Kommandogewalt wie des Völkerrechts ganz selbständig und unabhängig voneinander Recht sprachen. Es ist zu hoffen, daß in Zukunft völkerrechtliche Fragen nur von einem höchsten Gericht entschieden werden können. Und dazu eignet sich das Reichsmilitärgericht — das dann natürlich dem Reichsjustizamt genau wie das Reichsgericht anzugliedern wäre. Auch der Reichsfinanzhof gehört unter die Aufsicht des Reichsjustizamts, wenn man auf Trennung von Justiz und Verwaltung Wert legt.

II. Erlasse, bedingt durch die Logik der Revolution.

A. Neue Freiheiten bzw. Beseitigung von Beschränkungen.

Verordnung vom 12. November 1918 (RA. 13. November). Aufhebung des Belagerungszustandes, Fortfall jeder Beschränkung des Vereins- und Versammlungsrechts auch für Beamte und Staatsarbeiter, Aufhebung der Zensur, auch der Theaterzensur, freie Meinungsäußerung in Wort und Schrift, Freiheit der Religionsausübung. Ausschluß jedes Zwanges zu religiösen Handlungen.

Verordnung vom 12. November 1918 (RA. 13. November). Außerkraftsetzung der Gesindeordnungen, ebenso der Ausnahmegesetze gegen die Landarbeiter.

B. Soziale Revolution.

Verordnung vom 12. November 1918 (RA. 13. November). Spätestens am 1. Januar 1919 wird der achtstündige Maximal-Arbeitstag in Kraft treten. Vgl. auch oben die I A o verzeichneten Notstände des Sozialrechts.

In den ersten Wochen schlug ein Professor erst im „Vorwärts", dann in der „Freiheit" ein „Notgesetz" betr. Sozialisierung vor. Die Beschlüsse des Dezemberkongresses sind oben wiedergegeben. Man sollte bei der Durchführung der Sozialisierungspläne, die sich für Notgesetze wegen ihrer Bedeutung für das gesamte Volk nicht eignen, es nicht unterlassen, bei der juristischen Formulierung die alten Gedankengänge des deutschen Rechtes, insbesondere des Genossenschaftsrechtes, zu berücksichtigen. Man sollte nicht den „Staat" als „Konkursverwalter" betrachten. Ebenso sollte man bei der Aufhebung der Fideikommisse in Preußen und in den sonstigen Freistaaten an das Obereigentum der Familie denken und dementsprechend die Ansprüche der Anwärter (Agnatenanspruch) zwecks Schaffung neuer bäuerlicher (nicht junkerlicher) Höfe berücksichtigen. Das macht zwar mehr Arbeit, ist aber gerecht und fördert den Ausbau des sozialen Rechts.

C. Aufhebung der staatlich auferlegten Organstellung des Einzelnen und Umwandlung in Selbstorganisation.

Hierzu insbesondere die Tätigkeit der A.- und S.-Räte, Vollzugsrat usw. Hier interessieren uns die von der Reichsregiernng ergriffenen Notstandsmaßnahmen (immer Notstand).

1. Verordnung vom 12. November 1918 (RA. 13. November). Aufhebung des Gesetzes über den vaterländischen Hilfsdienst mit Ausnahme der sich auf die Schlichtung von Streitigkeiten beziehenden Bestimmungen.
2. Verordnung betreffend die einstweilige Änderung der Militärstrafgerichtsordnung, des Einführungsgesetzes dazu und des Militärstrafgesetzbuches vom 5. Dezember 1918 (RA. 16. Dezember 1918).

Zu 2 scheint mir die Logik nicht ausreichend zu sein. Was soll eigentlich der Gerichtsherr noch in der Militärstrafgerichtsordnung? Er mag das Recht haben, Rechtsmittel einzulegen. Aber seine grundsätzliche Stellung (Vertreter der Kommandogewalt, der mit gewissen richterlichen Befugnissen ausgestattet, den Spruch des ihn „beratenden" Gerichtes in die Kommandogewalt durch Bestätigung aufnimmt) ist doch wirklich veraltet. Die Militärgerichte haben selbständige, unabhängige Gerichte zu sein, bei denen das Recht sich aus dem Richterspruch und nicht aus Urteil + Bestätigungsorder ergibt. Aber der Erlaß ist als provisorischer gedacht, die endgültige Regelung des Verhältnisses zwischen Kommandogewalt und Gerichtsgewalt wird später erfolgen. Flachköpfe halten, wie hier bemerkt sei, alles, was mit der Kommandogewalt oder Heeresdisziplin zusammenhängt, für „Militarismus". Daß sich das Heer auf rein genossenschaftlicher Grundlage aus Selbstorganisation aufbauen kann, ist ausgeschlossen. Die jetzigen Soldatenräte können nur eine Erscheinung der Über-

gangszeit sein. Sie sind eine Reaktion gegenüber dem 4 Jahre lang durchgeführten Grundsätze der Organstellung jedes Volksgenossen. Die volksstaatliche Selbsterhaltung bedingt wie alles Staatliche, um ein Seiendes zu bleiben, gewisse Machtorganisationen, zu denen die Heeresorganisation zählt. Kein Heer in der ganzen Welt, auch keine Polizeitruppe, kann den Grundsatz der Subordination missen. Andernfalls ist jede bewaffnete Organisation eine Gefährdung der anderen Volksgenossen. Vieles im Heereswesen hat sich als veraltete Form gezeigt, namentlich eine gerechte Verwirklichung des Beschwerderechts ist nötig, ferner die Zuziehung von Soldatenausschüssen in Verwaltungsfragen. „Militarismus" bedeutet die Einstellung des „Rackers" Staat und seiner ganzen Friedensmacht auf Kriegszwecke. Diese Idee ist überwunden. Andere Flachköpfe sehen im Prinzip der Subordination im Heere ein „obrigkeitsstaatliches" Element. „Über- und Unterordnung" (vgl. Simmel, Soziologie, S. 134ff.) sind soziologische Tatsachen. Auch im Volksstaat bedingt die Organisation des Volkswillens ein Herrschaftsverhältnis; ebenso wie jedes Parteileben, Gewerkschaftsleben, alles Verbandsleben mit der Organisation die Schaffung einer „Einheit" in dem Sinne anstrebt, „daß die Einheit des Ganzen über den Antagonismus der Überzeugungen und Interessen unter allen Umständen Herr bleiben soll" (vgl. Simmel a. a. O. S. 187). Überall taucht hier der Begriff der Subordination und der Disziplin auf (Parteidisziplin!). Am klarsten ist das Wesen des Obrigkeitsstaates von Anschütz (Preußische Jahrbücher 1916, S. 342) geschildert, unter Hervorhebung des Genossenschaftsverbandes, in dem Staat und Volk eins und die Obrigkeit dienendes Organ der Volksgenossen ist, und im Gegensatz dazu des Anstaltsverbandes, in dem die Obrigkeit Subjekt der Staatsgewalt und das Volk als Objekt erscheint, die einzelnen als „Destinatäre ihres Staates", das Volk als „Menschenmasse, an der die Obrigkeit ihre von irgend einem ‚Oben' herstammende Mission vollzieht." Auch das Heer hat Organ des Volkes und nicht Machtmittel der Obrigkeit zu sein. Das Heer ist eines der Mittel, um der Volkseinheit ihr Herrschaftsrecht zu sichern und gehört deshalb zur organisierten Staatsmacht im Volksstaat. Gerade aber, um diesen Zweck erfüllen zu können, muß auch das Heer selbst eine Einheit bilden, und das kann es nur durch die „soziologische Struktur" der Über- und Unterordnung, d. h. in Durchführung des Prinzipes der Subordination. Ein Notstandserlaß gegen versetzte Schlagwörter ist in der Revolutionszeit leider nicht ergangen, obwohl hier ein Bedürfnis vorliegt.

D. Amnestien.

1. Verordnung vom 12. November 1918 (RA. 13. November). Nr. 6: Amnestie für alle politischen Straftaten, Niederschlagung der wegen solcher Straftaten anhängigen Verfahren. (Programm.)
2. Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit und Strafmilderung vom 3. Dezember 1918 (RA. 6. Dezember 1918).
   (Ergänzung am 21. Dezember 1918 (RA. 27. Dezember 1918).
3. Verordnung über eine militärische Amnestie vom 27. Dezember 1918 (RA. 13. Dezember 1918).

Es ist wohl bekannt, daß der deutsche Kaiser niemals ein Gnadenrecht dieses Umfanges gehabt hat. Es steht aber fest, daß diese Amnestieerlasse dem Willen aller Volksgenossen entsprechen. Infolgedessen ist auf „Einstellung" zu erkennen. Ernste Bedenken gegen einzelne Regelungen äußert Kronecker, Deutsche Juristenzeitung 1919, Sp. 83 ff. in sehr beachtlichen Ausführungen. Es handelt sich für uns um die Frage der Billigung des Regierungsaktes als solchen. Die fürchterliche Produktion an Kriegsstrafrecht hat den Wunsch nach einer großen allgemeinen Amnestie gefördert. Diese kommt nun leider auch Existenzen zugute, die keinerlei Gnade verdienen. In der Militärjustiz ist bei unzähligen Strafen die Vollstreckung aus militärdienstlichen Gründen ausgesetzt worden. Hier mußte eine Amnestie den endgültigen Abschluß des Verfahrens ermöglichen.

E. Programmatisches.

(Vgl. Anschütz, Juristische Wochenschrift, Dezember 1918). Insbesondere aus der

Verordnung vom 12. November 1918 (RA. 13. November 1918). „Alle Wahlen zu öffentlichen Körperschaften sind fortan nach dem gleichen, geheimen, direkten, allgemeinen Wahlrecht auf Grund des proportionalen Wahlsystems für alle mindestens 20 Jahre alten männlichen und weiblichen Personen zu vollziehen."

Das bedeutet nicht etwa, daß Wahlen zu öffentlichen (öffentlich-rechtlichen?) Körperschaften, die anders vorgenommen werden, nichtig sind. Es wird ein Gerechtigkeitsprinzip ausgesprochen, das die Praxis des öffentlichen Lebens beherrschen soll und wohl bald beherrschen wird.

* * *

Die „Gesetzgebungsmaschine" arbeitet auch ohne „gesetzgebende Gewalt" recht fleißig, vielleicht zu fleißig. Man muß aufpassen, daß nicht gewisse alte Entwürfe, von denen sich mancher Geheimrat befreien möchte, als innerer Notstand der Reichsbehörde unter I auftreten.

Epilog.

Vom Logos und Nomos, von den Rechtsquellen, von der richterlichen Gewalt.

Unjuriſtiſches und Juriſtiſches,
darin
einige Wünſche für die neue Verfaſſung.

„Es soll sich regen, schaffend handeln,
Erst sich gestalten, dann verwandeln,
Und scheinbar steht's Momente still.
Das Ew'ge regt sich fort in allen,
Denn alles muß in nichts zerfallen,
Wenn es im Sein beharren will."

Aus Goethe („Gott und die Welt") „Eins und alles".

Brief an meinen Freund.

Berlin, den 5. Januar 1919.

Lieber Freund!

Du hast mir bei dem Werden meiner kleinen Schrift viel durch Rat und Frage geholfen. Aber auf manche Frage, die Du an mich gerichtet hast, blieb ich Dir noch Antwort schuldig.

Zunächst der „Deckname". Dazu habe ich mich entschlossen, nicht, weil die Schrift „unjuristisch" ist, sondern wegen einer Zufälligkeit. Nach dem Erscheinen meiner „Notstandsverordnungen" (Stuttgart 1903) ergaben sich Verwechslungen zwischen einem Herrn, der genau so heißt wie ich, und mir — und es besteht seit langem Einigkeit darüber, daß er nicht für meine Schriften und ich nicht für seine Gedichte und Novellen einstehen will.

Dann eine wichtigere Frage: Ob es richtig ist, jetzt mitten in der Revolutionsentwicklung eine solche Schrift zu veröffentlichen? Darauf habe ich nur zu erwidern: so lange der Volksstaat, wenn auch nur mit provisorischer Reichsregierung, gilt, ist es richtig; kommt aber die Despotie und der Brudermord, so ist das Volk ohne Staat. Denn der Staat ist das Volk in selbstgewollter und selbstorganisierter Gesamtgebundenheit. Die Einsetzung des Zentralrates bedeutet den Abschluß einer Epoche der deutschen Revolution. Was kommen wird, weiß keiner. Der Bürgerkrieg hat heute neu begonnen, böse Tage stehen bevor, aber — ich glaube weiter an die Geltung des Gesetzes vom πῦρ κατὰ τὸν λόγον.

Und damit verlasse ich das Verneinende und gebe Dir Rechenschaft über den Logos. Ich habe in der Schrift mitunter von der „Natur der Sache", mitunter „von der Vernunft" und nicht selten vom „Logos" gesprochen. Dagegen habe ich von manchen Schriften, deren Erwähnung nahe lag, nichts oder zu wenig gesagt; das sind insbesondere: Gierkes Johannes Althusius, sein „Naturrecht und Deutsches Recht", seine Rede über die „historische Rechtsschule und die Germanisten", Bergbohms Werk über die „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie", Stammlers „Richtiges Recht" sowie „Wirtschaft und Recht", Josef Kohlers „Lehrbuch der Rechtsphilosophie", Joseph Mausbachs „Naturrecht und Völkerrecht", der Codex iuris canonici von 1917 und Stutz „Der Geist des Codex iuris canonici" S. 181. Dazu kommen dann noch die Gedankengänge der Philosophen Rousseau, Kant, Fichte, Hegel, Schelling und der Rechtslehrer Savigny, Thibaut, Gans, Stahl, Bluntschli, Becker, R. Franck, und dieser unvollständigen Aufzählung, der noch u. a. Roeder, Voigt, Michelet, Trendelenburg sowie das ganze bei Gierke, Kohler, Wolzendorff und Redslob enthaltene historische Material fehlen, hätte ich weiter z. B. Hatschek (Englisches Staatsrecht I, S. 110, 154) und das Buch des Amerikaners James Coolidge Carter (Law: Its Origin Growth and Function, New York 1907) hinzufügen müssen.

Gerade das historische Material hätte mich weg von der Evolution auf einen Weg geführt, den ich nicht gehen durfte. Denn das, was bald „Naturrecht", bald „göttliches Recht", bald „Vernunftrecht" genannt wurde, ist ein Rechtssystem, das auftrat und bisweilen noch auftritt mit dem Anspruch des „alleinigen Geltensollens", das gegründet wird auf die „Natur", die „Vernunft" oder „Gottesoffenbarung". Es ist ein Nomos, der den Logos ewig in sich zu tragen behauptet, der aber doch nur so lange gilt, bis der Logos den alten Nomos durch einen neuen Nomos ersetzt, dem gleiches Werden und Vergehen bestimmt ist. Wenn uns die Natur etwas offenbart, so ist das „Werdende, das ewig wirkt und lebt", die Evolution, die alles, was als positiv angesehen wird, wandelt und durch Neues ersetzt.

Dieser Entwickelung unterworfen ist auch der Mensch selbst, mit allem was er schafft, und allem was ihn umgibt, die soziale Organisation, in der er lebt, mit ihren Lebensbedingungen und Lebensvorgängen. mit ihren religiösen, politischen, wirtschaftlichen und häus-

lichen Einrichtungen, mit ihrer Kultur, die also immer nur Kulturstufe ist. Wer uns den Entwickelungsgedanken besser gelehrt hat, ob Hegel oder Spencer, Wundt und Bergson, darüber will ich nicht streiten; ich will nur erwähnen, daß zwischen Hegel und den anderen die gewaltige Entwickelung der Naturwissenschaften liegt, die Hegel fremd, den anderen vertraut war. Da ich Kohler mehr bewundere als Kohlers Bewunderung für Hegel, so will ich das Wort eines bedeutenden Wiener Physikers und Philosophen, des Prof. Dr. E. Mach (Populärwissenschaftliche Vorlesungen „Die ökonomische Natur der physikalischen Forschung", Leipzig 1896, S. 206) mitteilen: „Der Glaube an geheime Zaubermächte in der Natur ist allmählich geschwunden; dafür hat sich ein neuer Glaube verbreitet, jener an die Zaubergewalt der Wissenschaft". Setzt man an die Stelle des Wortes „Wissenschaft" das Wort „Vernunft", so befindet man sich in der Werkstatt des Verfassers, der „Phänomenologie des Geistes", und von dort zu Spencer und den anderen führt der beschwerliche Weg über die Ethik, die Soziologie und die Psychologie. Ist man diesen Weg gegangen, so weiß man eins, daß alle die Erscheinungen und Vorstellungen, die wir bei dieser Wanderung sehen, auch ihrerseits der Entwickelung unterworfen sind, daß dies also für alle Kultur gilt, da die Kultur diese Elemente umfaßt. Jede Kultur ist soziale Erscheinung, gehört dem Gesellschaftsleben an. Ihr ist der Gedanke „des Fortschritts und der Annäherung an ein Ideal wesentlich" (Max Ernst Mayer) — Kultur ist „Werturteil", ist aber weiter als Werdendes die Annäherung an ein Ideal, Antrieb des Gemeinschaftslebens. Die Zergliederung der „Kultur" nach einzelnen Kulturzielen bringt die Vorteile und die Nachteile jeder Analyse mit sich: einzelnes wird geklärt, verloren geht aber leicht die Erfassung des Ganzen und gerade diese strebt nicht nach einzelnen Zielen, sondern nach Totalität in Ewigkeitswerten (religiöser, ethischer und sozialer Art). Da sich dies Streben in allen Zeitepochen im Gemeinschaftsleben zeigt, spricht man im Sinne des empirischen Evolutionismus von der den sozialen Bildungen des geschichtlichen Lebens immanenten allgemeinen Vernunft", im Gegensatz zu der „Vernunft" des Individuums, das an der allgemeinen Vernunft, der Kultur des sozialen Ganzen teilnimmt (vgl. Paulsen, Ethik). Dabei muß man sich darüber klar sein, daß es sich um Vernunftmotive handelt und daß darunter „alle Beweggründe fallen, die aus der Vorstellung der idealen Be-

stimmung des Menschen entspringen" (vgl. Wundt, Ethik, Bd. 3, S. 103, Enke 1912), und das gilt in gleicher Weise von der „allgemeinen Vernunft" innerhalb des Gemeinschaftslebens.

Logos bedeutet die Vorstellung von der idealen Bestimmung des Menschen und damit weiter das idealisierte Menschtum.

Da wirst Du mich zunächst fragen, was denn dieser Logos — bei Unterstellung der philologischen Zulässigkeit der Übersetzung — mit der Juristerei zu tun haben soll. Die Antwort ist nicht schwer: Ich habe des öfteren in meiner Schrift vom „Rechtstrieb" — und vom „Rechtssinn" — gesprochen. Gleichgültig ist es, ob Du an den einzelnen denkst oder an die soziale Organisation. Denn dieser Trieb kann sich beim einzelnen nur innerhalb der Gesellschaft entwickeln, da wir keine Menschen außerhalb des gesellschaftlichen Zusammenlebens kennen und da ferner ohne diesen Sinn ein Gemeinschaftsleben, das immer das νέμειν (zuteilen, daher νόμος) bedingt, undenkbar ist, so brauchen wir uns über die Frage, ob es Menschen ohne diesen Sinn geben kann, nicht zu unterhalten. Die Entwickelung dieses Rechtssinns vom Trieb bis zur Festsetzung des νόμος als der Gesellschafts- oder Rechtsordnung, also bis zur Loslösung von der „Sitte" (und der dadurch erreichten Verselbständigung des Rechtes gegenüber der Gemeinschaft) ist Teil jeder Kultur. Die Rechtsentwickelung erst sichert die Kulturentwickelung. Ohne das Soziale kein Recht, und ohne Recht nichts Soziales; hiermit wiederhole ich nur das, was schon tausendmal gesagt worden ist (vgl. insbesondere Stammler und von Liszt). Dabei will ich noch erwähnen, daß, während Wundt vom Recht im Sinne unserer Rechtsordnung spricht, wir bei Spencer von der „Gerechtigkeit" als von einer öffentlichen Angelegenheit und von der Wohltätigkeit = Wohltun als von dem Handeln des einzelnen lesen (vgl. auch J. J. N. de Groot, Universismus, Berlin 1918, 1. Kapitel: Das Tao, die Ordnung des Weltalls; 2. Kapitel: Das Tao des Menschen). Weiter muß ich daran erinnern, daß wir im Anschluß an Gierke vom Rechte gesprochen haben, das die Idee der Gerechtigkeit in sich trägt. Aber wenn ich von alledem spreche, muß ich mich zu einem Vorwurf äußern, den Du neulich gegen mich erhoben hast, daß dieser Gierkesche Rechtsbegriff von mir als etwas „Apriorisches" benutzt worden sei, oder, um in der Sprache Vaihingers (Die Philosophie des Als-Ob, Berlin 1913) zu sprechen, daß ich es

unternommen habe, mit bewußt oder unbewußt falschen oder kritiklos hingenommenen Begriffen auf den Nachweis des von mir als richtig Gebilligten hinzuarbeiten. Ich gebe Veranlassung zu diesem Vorwurf, weil ich bestreite, daß der Gierkesche Volksstaat unser Volksstaat gewesen sei, auf der anderen Seite aber von dem Gierkeschen Rechtsbegriffe ausgehe. Damit komme ich bei Dir unter die, sich die Fiktionen aussuchenden Eklektiker. Begründet ist dieser Vorwurf in einer Hinsicht: wer nach dem Prinzip „ex fumo dare lucem" arbeitet, muß immer „Begriffe" zunächst unkritisch hinnehmen. Das ist ein Problem, das namentlich in der Mathematik erörtert zu werden pflegt und bezüglich dessen allgemeiner Bedeutung ich Dich auf „La Science et l'Hypothèse" von Henri Poincaré verweise. Diese Verweisung erfolgt nicht, um Gelehrsamkeit darzutun, sondern sie zeigt die Gemeinsamkeit der Wissenschaften und erinnert gleichzeitig an Gierkes Werk, nämlich an seinen Aufsatz über „Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft" (Schmollers Jahrbuch, 7. Jahrgang, S. 1 ff.), wo Gierke gegen „Die Überschätzung des Leistungsvermögens der formalen Logik" protestiert und seinerseits die Forderung aufstellt, daß das, was wissenschaftlich begriffen werden soll, vor allem genetisch erklärt werden muß*).

---

*) Dabei findet Gierke die Erklärung für den Wert des Labandschen Werkes in den Worten: „Im bedeutenden Umfange ist es die außerhalb der Methode stehende Intuition (S. 25), welcher die Gedankengebilde dieses Buchs ihren positiven Wert verdanken." Und damit spricht Gierke etwas aus, was sich gerade bei Vaihinger und insbesondere auch bei Mach (Umbildung und Anpassung im naturwissenschaftlichen Denken, S. 249) so oft findet, die Erklärung dafür, daß bei Anwendung aprioriſcher Begriffe so oft das Richtige erreicht wird. „Ein gewohntes Urteil ohne vorausgegangene Prüfung auf einen neuen Fall angewandt, nennen wir Vorurteil. Wer kennt nicht dessen furchtbare Gewalt! Seltener denken wir daran, wie wichtig und nützlich das Vorurteil sein kann" (Mach). Mit einem „Vorurteil", dessen fürchterliche Gewalt wir heute spüren, habe ich mich zur Genüge beschäftigt, mit dem Begriff der „gesetzgebenden Gewalt". Vgl. auch ferner Mach (Die ökonomische Natur der physikalischen Forschung, S. 217): „Dieselbe Sparsamkeit, die uns veranlaßt, eine Gruppe aufzulösen und für deren auch in anderen Gruppen enthaltene Bestandteile besondere Symbole zu setzen, kann uns auch treiben, durch ein Symbol die ganze Gruppe zu bezeichnen." Ferner Francis Mangé: „Le Rationalisme comme Hypothèse Méthologique." (Paris 1909, S. 601): „Construire revient à combiner, suivant un ordre imaginé a priori, des éléments intuitifs supposés identiques à ceux que déterminent les

Die Methode, die in der kritiklosen Übernahme von Begriffen besteht, ist immer angreifbar. Ich müßte mir aber auch in der Sache selbst Angriffe gefallen lassen, wenn ich den Rechtsbegriff z. B. Stammler entnommen hätte. Der Unterschied ist folgender: Gierke ist Rechtshistoriker. Er sieht zwar nur im positiven Recht „die unverrückbare Basis aller juristischer Konstruktion", auf der anderen Seite aber sagt er: „Auch darf man gegenüber dem Fluß der Geschichte und dem Reichtum des Lebens den Wert juristischer Begriffsabgrenzungen nicht überschätzen." Und gerade er hat den Rechtsbegriff nicht a priori festgesetzt, sondern hat ihn aus „dem Fluß der Geschichte und dem Reichtum des Lebens" geschöpft, hat uns in dem gewaltigen Werke „Das deutsche Genossenschaftsrecht" sein Tatsachenmaterial mitgeteilt, dessen gedankliche Beherrschung er zum Teil in das „Deutsche Privatrecht" übernommen hat. Der Rechtsbegriff, den er dort formuliert, entstammt dem Tatsachenmaterial, und interessant ist es heute, die Warnung zu lesen, die er 1883 an Laband richtete, nicht das „spezifisch staatliche Moment auf den durch Zwangsandrohung gesicherten Befehl zu reduzieren, weil die Konsequenzen des auch hier eingreifenden Formalismus in letzter Instanz das Recht mit dem Verluste allen wirklich wertvollen Inhalts bedrohten." So gilt für Gierkes Rechtsbegriff das, was für alle Wissenschaft gilt — und hier wollen wir wieder den Physiker und Philosophen Mach (die ökonomische Natur der physikalischen Forschung, S. 227) sprechen lassen: „Wird einmal die Erfahrung dieser Tatsachen klargelegt und die Wissenschaft sie ökonomisch übersichtlich geordnet haben, dann ist nicht zu zweifeln, daß wir sie auch verstehen werden. Denn ein anderes Verstehen als Beherrschung des Tatsächlichen in Gedanken hat es nie gegeben. Die Wissenschaft schafft nicht eine Tatsache aus der andern, sie ordnet aber die bekannten." Mit zu dem im Gierkeschen

---

principes." Ins Juristische übersetzt erinnert das an den juristischen Begriffshimmel bei Ihering. Jeder Evolutionist bekämpft Hypothetisches mit der Behauptung, alte Grundbegriffe seien durch Tatsachenforschung zu „Vorurteilen" geworden. Vgl. z. B. Gustave Le Bon: „L'évolution de la matière." (Paris 1905): „Les faits mis en évidence par nos recherches aussi bien que par celles qui en furent la suite, montrent que, contrairement à ces croyances, la matière n'est pas éternelle et peut s'évanouir sans retour."

Werke geordneten Tatsachenmaterial gehören die Tatsachen des Rechtstriebes und der Rechtsordnung, als Aussage des Rechtsbewußtseins. Das Tatsachenmaterial Gierkes, die von ihm geübte rechtshistorische Betrachtungsweise, wird ergänzt durch die rechtsvergleichende Methode, die ihr Tatsachenmaterial ebenfalls „dem Flusse der Geschichte und dem Reichtum des Lebens" entnimmt, die sich aber nicht auf das Rechtsleben eines Volkes beschränkt und die dann halt macht, um die bei den einzelnen Völkern gefundenen Tatsachen unter Hinzufügung der allgemeinen, die Kultur der einzelnen bestimmenden Lebensbedingungen nebeneinanderstellt, um Gleiches und Ungleiches zu sondern und so zu ordnen. Gerade auf diesem Gebiete ist Kohlers und v. Liszts Wirken so bedeutsam gewesen. Die praktische Bedeutung dieser Methode, neben der die erste nie fehlen darf, liegt nicht selten in der Anregung für legislatorische Tätigkeit. Darüber hinaus hat sie aber den großen Wert, ein Gemeinsamkeitsgefühl der einzelnen Völker in der Idee des Rechts aufzudecken und in den einzelnen Rechtsordnungen die Verschieden- oder Gleichartigkeit der Gestaltung aus dem im konkreten Falle gleichen Rechtsmotive zu zeigen. Gerade diese Tatsachen ermöglichen es, bei Gleichwertigkeit der Kulturstufen von Kulturvölkern zu sprechen. Der Nachweis, daß Recht im Sinne der Gerechtigkeit Kulturgut aller Völker stets war und noch ist, wenn sich auch der Ausdruck nach den verschiedenen Lebensbedingungen der Völker verschieden gestaltet, ist wissenschaftlich, d. h. durch Tatsachen zu führen. Vom aprioristischen Rechtsbegriffe brauchen wir nicht zu sprechen; denn die Geschichte, Soziologie und Ethik lehren uns, daß Rechtssinn und Rechtsgestaltung in der Idee der Gerechtigkeit immer zu den Grundelementen des Soziallebens gehört haben und daß die Entwicklung der Rechtsgedanken mit aus der Vorstellung von der idealen Bestimmung des Menschen stets hervorgegangen ist und immer noch hervorgeht. Der Satz des Ulpian: „Justitia est constans et perpetua voluntas, ius suum unicuique tribuendi", wie die Formel „Suum cuique" — sie galten stets und gelten noch als Fundament des Soziallebens. (Vgl. historisches Material bei Mausbach, Naturrecht und Völkerrecht. S. 52; Carter: Law, Its origin, Growth and Function, S. 27ff.).

Und damit komme ich mit dem Recht zum Logos zurück, von dem ich sagte, er bedeute die Vorstellung von der idealen Bestimmung des Menschen und damit weiter das idealisierte Menschentum.

Vom Logos des „Herakleitos des Dunklen von Ephesos“ habe ich des öfteren gesprochen. Erwähnen will ich nur noch, weil ich vorhin Hegel erwähnte, ein Wort Hegels über Heraklit: „Bei Heraklit ist also zuerst die philosophische Idee in ihrer spekulativen Form anzutreffen — hier sehen wir Land; es ist kein Satz des Heraklit, den ich nicht in meine Logik aufgenommen“, und diesen Satz Hegels hat dann wieder Lassalle vor seine Philosophie des Herakleitos gesetzt. Da Du aber von dem alten Heiden aus Ephesos und seinem πῦρ genug haben wirst, so gehen wir jetzt zu dem Logos des vierten Evangelisten, und erscheint Dir das als zu religiös, so versetze Dich in das Studierzimmer des Dr. Faust, meinetwegen in die Rolle des Pudels. Also laß Faust, nachdem er gesagt hat: „Wir sehnen uns nach Offenbarung, die nirgends würdiger und schöner brennt als in dem Neuen Testament“, das „Volum“ aufschlagen und das „heilige Original in sein geliebtes Deutsch übertragen“: *Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος*. Das heißt im Faust:

„Geschrieben steht: Im Anfang war das Wort!
Hier stock' ich schon! Wer hilft mir weiter fort?“

Da wirst Du mir kundtun, daß der Logos, von dem ich sprach, im Evangelium St. Johannis nicht steht. Denn, ob Wort, Sinn, Kraft, Tat, willst Du „dahingestellt sein lassen“. Feststehe aber, daß Logos nicht die Vorstellung von der idealen Bestimmung des Menschen im Ev. Johannis sein könne. Nun höre, daß der Dr. Faust zweimal hätte stocken müssen, das erstemal „im Anfang“ hinter dem zweiten Wort und dann am Ende hinter dem vierten Worte, weil er ganz falsch übersetzte — „Pudel, so laß das heulen“ — das Evangelium St. Johannis war Dir zu religiös, aber Faust ein schlechter Philologe, das ist Dir zu irreligiös. Um Dich zu versöhnen, muß ich Dir mitteilen, daß die Weisheit nicht von mir stammt: die Übersetzung des Wortes *ἀρχή* habe ich von Windelband, bei dem ich in Straßburg gehört habe, die Übersetzung des Wortes *λόγος* von Friedrich Max Müller, dem großen Oxforder Sprachforscher. Ich nehme an, daß Du zunächst das Lexikon aufschlagen willst. Nimm also Dein „Griechisch-deutsches Schulwörterbuch von Dr. Benseler“, da findest Du bei *ἀρχή* vier Bedeutungen:

1. Anfang, 2. Anfangspunkt, Prinzip, Element, 3. Regierung, Herrschaft, 4. Gebiet der Herrschaft. Die erste Bedeutung ist Dir vertraut, die dritte wird von Aristophanes in seinen Wespen verhöhnt, die zweite erscheint schwierig, sie erinnert an das primum mobile.

Dann zum Worte λόγος, da ſtockſt Du ſchon ebenſo wie bei λέγω. Selbſt in unſerem anſpruchsloſen Benſeler ſeitenlange Ausführungen. Beide Begriffe, die ἀρχή wie der λόγος waren philoſophiſche termini technici. Will man die ἀρχή überſetzen, ſo muß man Räumliches wie Zeitliches einſetzen, ſo daß Ἐν ἀρχῇ „Im All von Ewigkeit her" bedeutet, wobei Du das Wort „All" in ſeiner vollen Bedeutung, als Univerſum, zu nehmen und an das kinetiſche Prinzip zu denken haſt. Mit dem Nachweis der Zuläſſigkeit dieſer Überſetzung will ich den Text meines Briefes nicht beſchweren. Ich verweiſe Dich alſo auf eine Anmerkung, die ich beifüge, und erzähle Dir weiter von Friedrich Max Müller und dem Logos*).

---

*) Bei dem Wort ἀρχή darf man nicht etwa an eine Verwandtſchaft mit der „Arche" denken, dem Kaſten von arca (vgl. Grimm). Gerade für den Wechſel der Dinge, für die Evolution, ſuchten die griechiſchen Philoſophen eine Veranſchaulichung. Dieſes Streben nach wiſſenſchaftlicher Erkenntnis tritt 600 v. Chr. in der mileſiſchen Naturwiſſenſchaft hervor. Windelband (Geſchichte der alten Philoſophie, 2. Aufl. 1894) ſagt (S. 25) über die Geſchichte des kinetiſchen Prinzips in der griechiſchen Philoſophie:

„Dieſer Wechſel ſelbſt, der Prozeß des Geſchehens wird als ein Selbſtverſtändliches hingenommen, er ſoll zunächſt nicht ‚erklärt' oder auf Urſachen zurückgeführt, er ſoll vielmehr beſchrieben, veranſchaulicht, ‚vorgeſtellt' werden. Dies tut nun der Mythos in Form einer Erzählung: . . . Das Intereſſe für das Vergangene weicht bei den Männern der Wiſſenſchaft demjenigen für das Bleibende. Sie fragen nicht nach dem Zeitlichen, ſondern nach dem weſenhaften Prius des wahrgenommenen Seins. Angeſichts des fortwährenden Wechſels der Einzeldinge bringen ſie den Gedanken der Welteinheit in dem Problem zum Ausdruck, daß ſie fragen, was das Bleibende in dem Wechſel ſei, und damit bilden ſie als das Ziel ihrer Forſchung den Begriff des Weltſtoffs, der ſich in alle Dinge verwandelt und in den ſich alle Dinge zurückverwandeln, wenn ſie der Wahrnehmung entſchwinden. Der Vorſtellung des zeitigen Urſprungs ſchiebt ſich diejenige des ewigen Urſeins unter: ſo entſteht der erſte Begriff der griechiſchen Philoſophie: — die ἀρχή. Die erſte Frage der griechiſchen Wiſſenſchaft lautet: ‚Was iſt der Weltſtoff und wie verwandelt er ſich in die einzelnen Dinge?' So erwuchs aus Kosmogonien und Theogonien die Wiſſenſchaft. Der Übergang vom Mythos zur Wiſſenſchaft beſteht alſo in dem Abſtreifen des Hiſtoriſchen, in der Abweiſung der zeitlichen Erzählung, in der Reflexion auf das Unveränderliche".

Dann ſchildert uns Windelband den Wandel der ἀρχή, wie ſie bei Anaximander aus dem Anſchaulichen in das Begriffliche übertragen wird durch das Merkmal der räumlichen und zeitlichen Unendlichkeit. „Die ἀρχή iſt das ἄπειρον" (das Unendliche, das All) und von dieſem Unendlichen, dieſer ἀρχή gelangt Anaximander zu „einem" θεῖον. Es folgt dann die monotheiſtiſche Periode des Xenophanes: „Εἷς θεός ἔν τε θεοῖσι", „ἓν καὶ πᾶν". Die ἀρχή wird aus dem

Einfügen will ich aber noch, trotz „Evolution", „Soziologie", „Psychologie" usw. sollten wir uns eines bewahren, den Respekt vor der philologisch arbeitenden Wissenschaft. Ich kann ins-

---

Verwandelbaren das Unwandelbare, und es tritt nun die Schwierigkeit auf, den Gegensatz zwischen der Tatsache der Evolution mit dem Gedanken des im Sein Verharrenden zu überbrücken. Und hier setzt Heraklits *παντὰ ῥεῖ* ein. Aus „der Tatsache, daß alle Bewegung und Verwandlung mit Temperaturveränderungen verbunden ist" und ferner aus der Tatsache der „Rastlosigkeit" der Bewegung gelangt Heraklit zu einem Urstoff, zu seiner *ἀρχή*, dem Feuer (*πῦρ*). „Das Feuer", so sagt Windelband, „ist für ihn die *ἀρχή*, aber nicht als ein mit sich selbst in Verwandlungen identischer Stoff, sondern vielmehr als der immer sich gleichbleibende Prozeß, in dem alle Dinge entstehen und wieder vergehen, die Welt selbst somit in ihrer ungewordenen und unveränderlichen Veränderlichkeit." Aber gleichzeitig sucht er nach dem „Naturgesetze" und findet es unter dem Namen der die Welt beherrschenden Vernunft, als den „Logos". Das Suchen nach der *ἀρχή* hört nie auf, die griechische Philosophie zu beschäftigen. Wenn wir Demokrit und Plato überspringen, so finden wir bei Aristoteles, dem Vermittler „zwischen der Ideenlehre und der empirischen Weltanschauung" (Windelband, S. 155) die *ἀρχή* als Urgrund wieder, die er in vier Teile zerlegt (*ἀρχαί*), als Erklärungen für die Bewegung (vgl. die Zitate bei Windelband, S. 25 und S. 259). Das spielt zwischen 384—322 v. Chr. Die Stoiker kommen wieder auf die *ἀρχή* des Heraklit zurück und suchen sie im Feuer. „Das Feuer ist deshalb einerseits der Urkörper (*ἀρχή* im Sinne der Milesier), andrerseits auch der Urgeist, die Weltseele, die alles bewegende und gestaltende Vernunft, welche die ganze Welt der aus ihr hervorgegangenen Einzeldinge als göttlicher Hauch (*πνεῦμα*) durchdringt und beherrscht: es ist die zeugende Weltvernunft — *λόγος σπερματικός*." So schreibt Windelband und fügt hinzu: „der pantheistische Charakter dieser Naturauffassung führte die Stoiker zu einer Naturreligion, die zugleich Vernunftreligion ist." Nach der Idee der Stoiker ist die *φύσις* (Natur) mit dem Logos (als Vernunft) identisch. Die Epikuräer gehen auf Demokrit zurück, in dessen Atomismus das Feuer das wichtigste Element war, „das Prinzip der Bewegung in den Organismen und damit der Seelenstoff selbst," was wieder auf die *ἀρχή* des Heraklit zurückführt. Damit sind wir schon bei den „vier großen Schulen der Philosophie angelangt, die zu Athen in der Akademie, im Lyceum, in der Stoa und in den Gärten nebeneinander bestanden" und die sich bis in das 1. Jahrhundert v. Chr. stritten. So lange kannte man die *ἀρχή* zweifellos. Auch die weitere Entwicklung, der Mystizismus, „in dem sich das geknickte Bewußtsein der alten Welt in der Sehnsucht nach einer überirdischen Hilfe aufrichtete", geht in seinem Dualismus immer auf die alten Gedankengänge zurück, insbesondere auf die Stoa (in der Lehre vom *πνεῦμα*). Philon von Alexandrien, der Träger der sog. Alexandrinischen Religionsphilosophie, lebt bis etwa 50 nach Christi Geburt. Und dasselbe gilt für die späteren Lehren, die Patristik wie für den Neuplatonismus. Mit beiden befinden wir uns schon in der Zeit, da sich dem „zur fieberhaften Erregung gesteigerten religiösen Bedürfnis entsprechend", die griechische Philosophie in den

besondere bei uns das Geschimpfe auf die Romanisten, das Du des öfteren bei Ernst Fuchs vernehmen kannst, nicht mitmachen. Was Pernice, Lenel und Seckel rein philologisch geleistet haben und was auch heute in den romanistischen wie germanistischen und kanonistischen Seminarien geschafft wird, das gehört gerade zur wissenschaftlichen Sammlung des Tatsachenmaterials, dessen Ordnung und Einstellung in die Evolution weitere Aufgabe der Wissenschaft.

Dienst der neuen Religion stellt. Daß die ἀρχή im technischen Sinne sich im Ev. Johannis findet, ist auch aus dem Text nachzuweisen. Man vergleiche das *πάντα δι' αὐτοῦ ἐγένετο. καὶ χωρὶς αὐτοῦ ἐγένετο οὐδὲ ἕν ὃ γέγονεν*" mit dem Aristotelischen Satze von der ἀρχή: „*γὰρ ἔστιν ἅπαντα τὰ ὄντα καὶ ἐξ οὗ γίγνεται πρῶτον . . . καὶ ταύτην ἀρχήν φάσιν εἶναι τῶν ὄντων*". Bei Johannes ist die ἀρχή als All vom Logos erfüllt, in dem alles Leben enthalten ist. Bei Johannes ist der Logos das kinetische Prinzip.

Texte mit Übersetzung bei Hermann Diels „Die Fragmente der Vorsokratiker", 3. Auflage, 1912, dort Heraklit, Bd. I, S. 67 ff. Bezüglich der Übersetzung des Logos bei Diels (Fr. 1, 2, 30, 31, 39, 50, 87, 115, 124, Weltseele, Weltordnung, Weltvernunft), Fr. 50 übersetzt er λόγος mit „Gesetz" (?), dagegen steht *νόμος* Fr. 33. „Gesetz heißt auch dem Willen eines einzigen folgen", was auch im Sinne des Heraklit für den Nomos nicht schmeichelhaft ist. Wegen der Übersetzung des Logos vgl. Friedrich Max Müller. Wegen ἀρχή vgl. auch Diels, Bd. II_2 (Wortindex, verfaßt von Walter Kranz. Berlin 1910) ad vocem ἀρχή, ferner *γέγνεσθαι* und *πάντα* (472).

J. Pfleiderer (Die Philosophie des Heraklit von Ephesus im Lichte der Mysterienlehre. Berlin 1896) hat die heraklitischen Einflüsse und Anregungen bei den ersten christlichen Schriftstellern nachgewiesen. „Die unbefangen gewürdigte historische Tatsächlichkeit verleiht diesen aprioristischen Vermutungen vollkommene Bestätigung." Pfleiderer gibt dann eine eingehende vergleichende Zusammenstellung der Terminologie des Skoteinos und des vierten Evangelisten. Er weist auch auf die Tradition hin, daß speziell Ephesus als Entstehungsort anzunehmen sei. Es folgen ausgezeichnete, die wissenschaftliche Methode betreffende Auseinandersetzungen (S. 373), die sich insbesondere (S. 373) gegen Harnack richten. — Interessant ist die Wandlung des *πῦρ* des Heraklit in das *φῶς* des Johannes. Interessant ist ferner, daß dies auch im Faust liegt, und zwar gerade in der Pudelszene, also unter der Einwirkung der Lektüre des 4. Evangeliums.

Zunächst spricht Faust vom „dreimal glühenden Licht", denn als Mephistopheles sich als des Pudels Kern enthüllt hat, sagt Mephistopheles:

„Ich bin ein Teil des Teils, der anfangs alles war,
Ein Teil der Finsternis, die sich das Licht gebar,
Das stolze Licht, das nun der Mutter Nacht,
Den alten Rang, den Raum ihr streitig macht.

Das ist im ersten Teil das *φῶς* des Johannes und seine *σκοτία*. Dabei wird die ἀρχή von Mephistopheles weit richtiger gedeutet als vorher vom Faust.

ist. Von allen Freuden, die man erleben kann, ist die philologische die reinste, z. B. die Freude, welche man empfindet, wenn einem der Beweis der „Interpolation“ geglückt ist oder wenn man „entdeckt“ hat, daß bei der Übernahme einer Stelle aus den Novellen in das Corpus Juris canonici ein „cum causale“ sich in ein „cum concessivum“ verwandelt usw. Daß die Seminare und Übungen auch andere als philologische Aufgaben haben (weit praktischere), weiß ich sehr wohl. Das eine darf das andere nicht ausschließen. — Im Augenblick handelt es sich um eine Exegese; ich will Dir erzählen, was uns ein großer Philologe wie Friedrich Max Müller zu sagen hat, und da war diese Bemerkung am Platze.

Aus Friedrich Max Müller teile ich Dir einige Stellen mit. Sie finden sich in einem Buch, welches „Das Pferdebürla“ heißt und 1899 in Berlin bei Gebrüder Paetel erschien. Weshalb Friedrich Max Müller dem Buch diesen Namen gegeben hat, verrate ich Dir auf keinen Fall. Ich will Deine Neugierde wecken und Dich auf diese Weise dazu bringen, das prachtvolle Buch zu lesen. Friedrich Max Müller sagt:

„Bei uns in Deutschland scheint es fast, als ob Goethe in seinem Faust daran schuld sei, daß die Logosidee in den weitesten Kreisen als etwas Dunkles, Unbegreifliches, Mystisches betrachtet wird. Viele, wenn sie den Anfang des vierten Evangeliums ‚Im Anfang war das Wort‘ lesen, sagen sich, das versteht kein Mensch, und lesen weiter ... Es ist keine Entschuldigung zu sagen: Hat nicht der gelehrte Dr. Faustus sich abgequält, um herauszufinden, was das Wort hier bedeutet und hat es doch nicht gefunden! Er sagt bei Goethe: ‚... Ich kann das Wort so hoch unmöglich schätzen, ich muß es anders übersetzen.‘ Das mußte er aber eben nicht. Er mußte gar nicht übersetzen, sondern Logos als einen Kunstausdruck der griechischen Philosophie akzeptieren (S. 25) ... Die richtige Übersetzung im Deutschen wäre natürlich: ‚Im Anfang war der Logos.‘ Denn das Wort ist hier nicht das gewöhnliche Wort logos, sondern ein terminus technicus ...“ (S. 27).

Hinter die Worte „im Anfang“ setzte ich schon meine Fragezeichen und verweise Dich auf die Anmerkung. Daß Friedrich Max Müller bezüglich des Logos recht hat, kann gar nicht bezweifelt werden. Streiten kann man vielleicht darüber, ob Johannes an den Logos des Plato oder des Heraklit oder eines sonstigen Griechen gedacht. Aber nimm einmal an, wie ich es tue, daß er alle Logoi gekannt hat, daß er nicht mehr an einen bestimmten Logos gedacht, sondern an den Logos, wie er in der Geschichte des Geisteslebens immer wieder aufgetaucht war, zu allen Zeiten der griechischen Philosophie und wie er neben den Fragen nach der ἀρχή und mit

dieſer Frage zuſammen die beiden Grundpfeiler der Entwicklung der griechiſchen Philoſophie gebildet hat und daß er in dem Logos das primum mobile, das kinetiſche Prinzip erblickte. Dann heißt Logos bald Wort, bald Sinn, bald Geiſt, Idee, Vernunft, Ordnung, Weltgeſetz, Weltvernunft und noch etwas mehr, wovon ich nur behutſam ſprechen kann. Zuerſt ergibt ſich aus dem bisher Beigebrachten negativ: Logos heißt nicht nur Vernunft, im Sinne der „alten Schwiegermutter Weisheit", oder im Sinne des „Temple de la Raison" aus dem Brumaire an II (vgl. Aulard, Histoire politique de la Révolution Française, S. 471, auch Thiers, Histoire de la Révolution française, Bd. 2, S. 63 ff., wo das „Fête à l'Être suprême vom 20. prairial beſchrieben wird). Das kannſt Du ſchon an Heraklits „Weltſeele" ſehen.

Du kannſt es weiter an einer großen Anzahl von Momenten ſehen, die alle mit der Logoslehre (mit dem äußeren wie mit dem inneren Logos im Sinne Friedrich Max Müllers) zuſammenhängen und die dartun, daß im Logos immer die Idee des allen Menſchen Gemeinſamen, des Ewigkeitswertes des Menſchentums liegt*). Die Idee

*) Gerade die Wiſſenſchaft hat den allereinfachſten Logos, den „äußeren Logos", wie Friedrich Max Müller ihn nennt, als Gemeingut der Menſchheit gewürdigt, die Tatſache, „daß wir keinen Begriff ohne Wort haben, und daß die Sprachwiſſenſchaft uns zeigt, wie jedes Wort, auch das konkreteſte, auf einen Begriff baſiert iſt". So hat es der Sprachforſcher Friedrich Max Müller formuliert. Bei Mauthner (Kritik der Sprache, I, S. 28) finden wir die Wendung, daß die Sprache, wie alle Volkspſychologie, als etwas zu betrachten ſei, „was nicht in meinem und nicht in Deinem Kopf vorgeht, ſondern was zwiſchen den Menſchen ſchwebt wie der Äther" *ξυνόν ἐστι πᾶσι τὸ φρονέειν*. „Gemeinſam iſt allen das Denken", heißt es bei Heraklit (Diels a. a. O. I, S. 99). „Gedanke und Wort", „Innerer und äußerer Logos", ſagt Friedrich Max Müller. Zum inneren Logos nehme ich einen Satz aus Henri Poincaré, „Der Wert der Wiſſenſchaft" (Teubner 1910, S. 204): „Die einzige objektive Wirklichkeit ſind die Beziehungen der Dinge, aus denen die Harmonie der Welt hervorgeht. Allerdings könnten die Beziehungen nicht außerhalb eines Geiſtes, der ſie begreift oder ſie fühlt, begriffen werden. Aber ſie ſind nichtsdeſtoweniger objektiv, weil ſie allen denkenden Weſen gemein ſind und bleiben werden" (paragraphiert Poincaré hier den vierten Evangeliſten?). An einer andern Stelle (S. 175): „Alles, was der Gelehrte an einer Tatſache erſchafft, iſt die Sprache, in der er ſie ausdrückt" (das iſt der äußere Logos). Weiter (S. 208): „Alles, was nicht Gedanke iſt, iſt das reine Nichts, weil wir nur den Gedanken denken können, und weil alle Worte, über die wir verfügen, um von den Dingen zu ſprechen, nur Gedanken ausdrücken können; zu ſagen, daß es etwas anderes gibt als den Gedanken, iſt alſo

des sozialen Handelns und der sozialen Gerechtigkeit wie die Idee jeder Gerechtigkeit. Deshalb tritt der Logos bei Johannes dem Nomos entgegen (1. Kapitel V. 17; 8. Kapitel V. 5; 19. Kapitel V. 7 u. a. m.), demjenigen Gesetze, das dem Logos gegenüber veraltet ist; deshalb gehen die Schriftgelehrten, als der Logos im Falle der Ehebrecherin dem Nomos gegenübertritt, hinaus.

Das ist die Idee des idealisierten Menschentums im Logos (ἡ-

---

eine Behauptung, die gar keinen Sinn haben kann" (damit wird vom Verhältnis des äußeren zum inneren Logos gehandelt). Und endlich gehört in diesen Zusammenhang zwischen innerem und äußerem Logos die Lehre von der „universellen Invariante", die Poincaré (S. 183) im Anschluß an Le Roy entwickelt. Das geistig Gemeinsame als Tatsache, die unabhängig vom Übereinkommen und universell unter allen Menschen immer wirkt, sie wird erkennbar durch die Übersetzbarkeit jeder menschlichen Sprache. „Ihre Sprache", so verschieden sie auch von der unsern sein mag, wird immer übersetzbar sein. Die Möglichkeit der Übersetzung schließt aber das Vorhandensein einer Invariante ein. Übersetzen heißt gerade diese Invariante freimachen ... Was ist nun die Natur dieser Invariante? Es ist leicht, sich Rechenschaft darüber zu geben, und ein Wort wird genügen. Die invarianten Gesetze sind die Beziehungen zwischen den rohen Tatsachen, während die Beziehungen zwischen den wissenschaftlichen Tatsachen immer von gewissen Übereinkommen abhängen." Daß ich von Poincaré in einer unjuristisch-juristischen Arbeit spreche, erscheint Dir nicht richtig. Da Du das Französische sehr gut sprichst, stört dich vielleicht die Übersetzung. Daß man das in der Wissenschaft Gemeinschaftliche hervorheben soll und daß jeder andere Standpunkt kulturwidrig ist, gibst Du zu. Aber das Juristische? Wegen dieses „Aber" möchte ich Dich auf etwas aufmerksam machen. Man hat gesagt: „Objektives Recht ist die erkannte Gemeinsamkeit der oder bestimmter menschlicher Bewußtseine, eine Gemeinsamkeit, die übrigens nicht davon abhängt, ob und wie der einzelne sie erkennt." Auch ich gehe immer vom „Gemeinschaftswillen" für das Recht aus, erkenne damit also die „Gemeinsamkeit" an. Ich kann also bezüglich der „Gemeinsamkeit" die Frage, wer die Gemeinsamkeit zu erkennen hat, ausschalten, und mich weiter dem juristischen Gedankengange zuwenden, der die eben wiedergegebene Erklärung des objektiven Rechtes weiter ausbaut. „Existieren", so wird gefragt, „solche Gemeinsamkeiten, die menschliches Verhalten bestimmen; ist solche Gemeinsamkeit Bewußtseinssache?" Es wird also nicht konstruiert, sondern nach Tatsachen gefragt. Und in diesem Zusammenhange wird dann das Tatsachenmaterial Henri Poincarés verwertet. Dabei handelt es sich nicht um eine philosophische oder naturwissenschaftliche Arbeit, sondern um eine von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin genehmigte Dissertation. Es ist die in meiner Schrift erwähnte Arbeit des Dr. Walter Grau, der diese Anregung entstammt. Schon weil diese Dissertation den Gedanken einer andern Gemeinsamkeit verstärkt, nämlich den Gedanken an die Gemeinsamkeit zwischen der Rechtswissenschaft und den andern Wissenschaften, muß sie gerühmt werden.

τὸ φῶς τὸ ἀληθινόν, ὃ φωτίζει πάντα ἄνθρωπον, ἐρχόμενον εἰς τὸν κόσμον . . . πλήρης χάριτος καὶ ἀληθείας). Und wenn Du Deinen Temple de la Raison auch noch so sehr liebst, das Goethesche Gedicht „Edel sei der Mensch usw." wirst Du gelten lassen; auch die Fortsetzung „Denn das allein unterscheidet ihn von allen Wesen, die wir kennen" und die weitere Darstellung der Ewigkeitswerte des Menschen im Goetheschen Gedicht. Wenn Du das alles hinnimmst, dann sieh dir auch die Überschrift an, sie heißt „Das Göttliche". Und ein anderes Gedicht Goethes „Eins und alles", das von der „Weltseele" und dem „Weltgeist" spricht (also genau die Ausdrücke gebraucht, mit denen Professor Hermann Diels den Logos des Heraklit übersetzt), gerade das Gedicht, welches in den Versen, die ich vor diesen Brief gesetzt habe, die Evolution schildert, steht bei Goethe in dem Abschnitt „Gott und die Welt".

Und dann möchte ich Dir noch eine ehr schöne Paraphrase des „Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος" mitteilen. Sie lautet: „Über der ganzen Menschheit waltet die Einheit des Geistes und aus dem Allwesen ringt sich die Entwicklung hervor." Das steht in der Vorrede von Josef Kohlers Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Gerade das ist das Schöne an dem Logos des Johannis. Wie in allen Vorstellungen, die an die ἀρχή anknüpfen, liegt im Logos die Idee der Entwicklung (πάντα δι' αὐτοῦ ἐγένετο) und des Lebens (ἐν αὐτῷ ζωὴ ἦν), und neben den Gedanken der Evolution des Weltstoffes Logos, alles Geistigen, tritt der Gedanke der Einstellung alles Menschentums auf Ewigkeitswerte und Totalität. So bedeutet der innere Logos, wie ich vorhin sagte, die Vorstellung von der idealen Bestimmung des Menschen und damit das idealisierte Menschentum. Damit sind wir wieder zur Evolution zurückgekehrt. Nirgends ist die Lehre von der Evolution des Geistes schöner zu finden als in der Schrift *KATA IΩANHN*. „Mag die geistige Kultur nur immer fortschreiten, der menschliche Geist sich erweitern, wie er will; über die Hoheit und sittliche Kultur, wie sie hier schimmert und leuchtet, wird er nicht herauskommen". Auch das ist Goethe entnommen.

Nun wünschest Du aber, daß ich anfange, praktisch zu werden und fragst mich:

1. Warum heißt es Naturrecht?

Von Naturrecht spreche ich, weil es die Natur ist, die uns das Entwicklungs„gesetz" zeigt und weil das Gesetz der Ent-

wicklung auch jeder Rechtsordnung gegenüber gilt. Das ist das „Naturgesetz", von dem ich ausgehe, und deshalb tritt das Naturrecht im Rechte da ein, wo Logos und Nomos aneinander stoßen, sei es daß der Nomos Lücken zeigt, sei es daß er veraltet ist und der Idee der Gerechtigkeit nicht mehr zu dienen vermag. Jede positivrechtliche Bestimmung trägt die „clausula rebus sic stantibus" in sich.

2. Warum hat die Evolution denn mehr Recht als der Nomos?

Nur die Evolution, die den Logos in sich trägt, die κατὰ τὸν λόγον wirkt, hat mehr Recht als der Nomos. Das Leben zeigt nicht nur Fortschreiten, sondern auch Rückgang. Nicht jeder, der mit der Behauptung auftritt, einen neuen Logos zu verkünden, hat Recht. Den besseren Logos nimmt im politischen Leben jede Partei für sich in Anspruch. Dann heißt es eben das richtige Recht suchen und für dieses als richtig erkannte Recht kämpfen.

3. Berücksichtigt unser Recht den Evolutionsgedanken denn gar nicht?

Im materiellen Rechte an vielen Stellen. Im Privatrecht z. B. in Bestimmungen, die von der „Verkehrssitte" sprechen, von den „guten Sitten", im Gewohnheitsrecht, das als Rechtsquelle anerkannt wird, ferner insbesondere im Handelsrecht bezw. im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche. Im öffentlichen Recht z. B. bei den Fragen der Standessitten in der Ehrengerichtsbarkeit, bei den „militärdienstlichen Grundsätzen" (im materiellen Militärstrafjustizrecht), bei den Verfassungswandlungen usw. So hebt Georg Jellinek hervor, daß im Staate zwei Momente die Rechtsentwickelung beherrschen und durch ihr Zusammenwirken die Kontinuität jener sichern: ein konservatives und ein evolutionistisches Element (vgl. auch Woltzendorff, Der Gedanke des Volksheeres im deutschen Staatsrecht. Tübingen 1914).

Ich will auch zwei Beispiele geben von den Kämpfen zwischen Evolution und Rechtsordnung, bei denen die Evolution Unrichtiges hervorgebracht hat. Der eine Kampf spielte sich im Steuerrecht ab. Es handelte sich um den „Schutz der Steuerzahler gegen jede steuerliche Inanspruchnahme außerhalb des steuerlichen Tatbestandes" und um das Recht der Steuerpflichtigen, bei Verwendung des Urkundenstempels „diejenige rechtsgeschäftliche Form zu wählen, bei welcher möglichst geringe Stempelkosten entstehen". An diesen einfachen

Rechtssätzen rüttelte die Judikatur des Reichsgerichts und es wurde gegen die durch das Reichsgericht herbeigeführte Rechtsverneinung angekämpft, insbesondere von Ernst Heinitz (Deutsche Juristenzeitung 1914 S. 785). Auch das Preußische Oberverwaltungsgericht hat hier den Standpunkt des Rechts mitvertreten (vgl. Juristische Wochenschrift vom 20. 2. 18, Seite 151).

Der zweite Fall spielt auch heute noch im Aktienrecht. Hier hat die Entwicklung den genossenschaftlichen Gedanken, der die Grundlage der Beziehungen zwischen den Aktionären bilden sollte, zurückgedrängt. Es gibt eigentlich nur noch Aktienpakete, die sich in der Regel in den Händen der Verwaltung (Aufsichtsrat, Vorstand) befinden, weil die ganz großen Großbanken sie dorthin leiten, und dann gibt es — einzelne Aktionäre. Der Aktionär kämpft um die Natur des Aktienrechts, auf der Gegenseite wird auf die Natur des Großbetriebes verwiesen. Der Kampf ist noch immer in vollem Gange; das Nähere ist Sontag „Die Aktiengesellschaften im Kampfe zwischen Macht und Recht" (Berlin 1918, Vahlen) zu entnehmen. Auf der einen Seite kämpfen u. a. Rathenau und Flechtheim, auf der anderen Seite u. a. Rosendorff, Sontag, und in einzelnen Fragen Albert Pinner. Die Revolution hat der Aktionärpartei einen neuen Programmpunkt gegeben: die Forderung des Proporzes als Sicherung gegen den Mißbrauch des Mehrheitsprinzips (Sontag).

Endlich einige Beispiele, in denen die Entwicklung selbst neues Recht geschaffen hat: die positive Vertragsverletzung (Staub), der Unterlassungsanspruch aus § 826 BGB. mit seinen Wandlungen und die große Kriegsrechtsprechung, welche u. a. die §§ 323 ff. des BGB. und die „clausula rebus sic stantibus" betrifft.

Nun wirst Du mich weiter fragen, welche Ziele ich denn bei so viel Logos und Nomos mit diesen Ausführungen über die Evolution anstrebe. Denn außer der „reinen" Freude am Arbeiten, insbesondere am „philologischen Arbeiten", vermagst Du diesen Zielen die „praktische Pointe" nicht zu entnehmen.

Also zum Positiven. Dreierlei wird angestrebt:

1. ein anderer Aufbau in der Lehre von den Rechtsquellen,
2. eine andere Auffassung der richterlichen Gewalt,
3. die Anerkennung des Grundsatzes von der Verwirklichung jeden Rechtes durch Richterspruch.

Ich muß Dich bitten, meine Schrift, die der Materialiensammlung dient, zu lesen, denn ich müßte zu vieles wiederholen, und will Dir hier nur noch Ergänzendes schreiben.

1. Zur Rechtsquellenlehre. Schlage das Grimmsche Lexikon bei dem Worte „Schöpfen" auf, da findest Du zwei Bedeutungen „Haurire" und „Creare". Das Schöpfen im Sinne des Wasserschöpfens und das Schöpfen im Sinne des Gestaltens. Denke — nicht an einen Quell als Punkt — sondern an eine Quelle, wie sie sprudelt und rieselt. Aus der schöpfst Du Wasser in einen Krug, dann hast Du etwas Neues, ein Seiendes gestaltet, und schöpfst Du wieder aus dem Krug in ein Glas, dann hast Du wieder geschöpft und gestaltet. Nun stelle Dir vor, daß Du einen Vertrag zu entwerfen hast — ich erlaube Dir gern die Benutzung des Formularbuchs für die freiwillige Gerichtsbarkeit — oder das Statut einer Aktiengesellschaft — auch hier wirst Du wohl Formularbuch wie Similia benutzen — und endlich will ich Dir eine größere Aufgabe geben: Nimm an, Du sollst für die neue Verfassung die Bestimmung über die „richterliche Gewalt" formulieren. Dann wirst Du historisches, rechtsvergleichendes, politisches Material zusammentragen. Da Du nicht nur über das Gericht, sondern auch über die Rechtsfindung nachzudenken hast, wirst Du die „Literatur" zusammenstellen. Fange mit der Spezialliteratur an; z. B. Adickes, Bergbohm, O. Bähr, Bernatzik, Bierling, Bülow, Danz, Düringer, Ernst Fuchs, Heck, Hellwig, Walter Jellinek, Kantorowicz, Kiß, Mendelssohn-Bartholdy, Nußbaum, Radbruch, Reichel, Sinzheimer, Stammler, Stampe, Titze, von der Trenck, Vierhaus, Wildhagen, Zitelmann. Für Frankreich ist der „bon juge Magnaux" zu erwähnen. Das sind nur einige Namen für den Status controversiae, die heftigsten Gegner habe ich hier alphabetisch geordnet, Ernst Fuchs und Bergbohm in eine Reihe gebracht. Da Du auch an das Völkerrecht zu denken hast, so mußt Du z. B. bei Fleischmann, von Liszt, Niemeyer, v. Martitz, Meurer, Schücking, Triepel, Zorn nachschlagen und dann wieder aus Triepels „Völkerrecht und Landesrecht" das dort Enthaltene zusammenstellen, ferner die Prisengerichtsbarkeit und die Völkerbundsidee berücksichtigen. So kommst Du in die ausländische Literatur hinein. Da befindest Du Dich, womit wir theoretisch hätten anfangen sollen, bei den Quellen von der Lehre der Rechtsquellen und dann schöpfst Du wieder aus der Geschichte, aus der Lehre vom Prätor, aus dem deutschen Privatrecht, aus dem Common Law und Equity Law,

aus dem Code civil, aus allem möglichen historischen Material, aus Rechtsphilosophien, Soziologien, Pandektenlehrbüchern, Darstellungen des BGB., Kommentaren usw. Und, wenn Du Dich dann vollgesaugt hast, dann ordnest Du Dein Material, nimmst Dir frisches Papier und Deinen Federhalter und fängst an zu schöpfen im Sinne des Creare. Das, was Du bisher getan hast, war Schöpfen im Sinne des Haurire. Dabei bist Du, um nicht „vom Tag zu Tage" zu leben, der Evolution nachgegangen und hast Dir Rechenschaft von dreitausend Jahren gegeben. Du wolltest nicht im Dunkeln unerfahren bleiben.

Nun bist Du beim Creare und suchst — das Richtige. Negativ schwebt Dir zweierlei vor, Du willst den Richter weder zum servus legis noch zum Kadi machen. Positiv weißt Du, daß Du auf der einen Seite dem in der Evolution begründeten Wandel aller Rechtsordnungen, auf der anderen Seite der Bedeutung unseres geschriebenen Rechts Rechnung zu tragen hast, daß für das Strafrecht der Satz „nulla poena sine lege" zu gelten hat, daß ähnliches auch für das Steuerrecht gilt. Denn das Eingehen auf das wirtschaftlich Gewollte (Scheingeschäft, Schleichweg oder, wie der Engländer, vgl. „Hamborn" bei Grotius an dem in meiner Schrift S. 38 a. O. sagt, „die Maske abnehmen") gehört in das materielle Steuer- und in das materielle Steuerjustizrecht (im Sinne von J. Goldschmidt). Im jetzt geltenden materiellen Rechte hast Du eine solche Bestimmung wohl nur im Zuwachssteuergesetz, das als Spezialgesetz anzusehen ist. — Dann hast Du an die öffentlichrechtlichen Ansprüche, an die Verwaltungsgerichtsbarkeit, an das Verhältnis von Reichs- und Landesrecht zu denken und endlich beim Völkerrecht an alles, was Du Triepel, dem „Zamora"falle und der Völkerbundsidee schon entnommen hattest. — Dann schreibst Du und streichst Du und schreibst und streichst, bis Du das „Richtige" gefunden hast, genau wie Du es beim Vertrage oder bei dem Statute machtest. Nur wirst Du eine Differenzierung in der Verantwortlichkeit fühlen. Du magst der gewissenhafteste Mensch der Welt sein, es wird auch für Dein Gewissen und daher für die Anspannung Deiner Energie einen Unterschied machen, ob Du für das deutsche Volk und die Welt, oder ob Du für die Verwaltung einer Aktiengesellschaft, oder ob Du für Deinen Mandanten arbeitest. Seien wir nicht zu ideal, sonst kommen wir wieder zu der Lehre des „Als ob" und zu Fiktionen. Da ich nur „kompliiere", so ver-

weise ich Dich auf Simmels Schrift „Über soziale Differenzierung", die Dir die Änderung des Charakters einer Handlung durch bloße Vergrößerung des Kreises, in dem sie geschieht, klarlegt.

Du suchst noch immer das „Richtige". Jetzt wirst Du mir mit Ihering und dem „Zweck im Recht" kommen. Damit verwandelst Du die Tatsache der Differenzierung des Verantwortlichkeitsgefühls, welche in die Soziologie und in die Psychologie gehört, in einen Nomos menschlichen Handelns. Bei jeder gewissenhaften Gestaltung tritt noch etwas anderes hervor. Für den Vertrag wirst Du trotz des Formularbuches das Gesetz aufschlagen und die Rechtsprechung nachsehen, bei dem Statut die Machtverteilung zwischen den einzelnen Organen der Aktiengesellschaften berücksichtigen und wirst z. B., wenn die Verwaltung Sonderbestimmungen bezüglich der Festsetzung der Abschreibungen und Rücklagen durch die Verwaltung wünscht, warnen und mit Pinner an die Magna Charta des Aktionärs, das Anfechtungsrecht aus § 271 Abs. 3 S. 2 des HGB., erinnern, und bei der „Richterlichen Gewalt" haben wir ja schon Negatives und Positives erörtert. Gemeinsam ist den beiden ersten Fällen, daß Du Dich auf den Geist der Rechtsordnung einstellst, wie es im § 1 des Ersten Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs hieß, bei dem Statut der Aktiengesellschaft wirst Du aber außerdem an den Registerrichter und an die Generalversammlung denken, also an ein Mehr als bei dem Vertrage, weil bei dem Vertrage das Moment der Unterwerfung unter die öffentliche Kritik in der Regel fehlen wird. Bei „der richterlichen Gewalt" gestaltest Du neues Recht. Du mußt an den Neuaufbau des deutschen Volkes, an den Geist der Verfassung des Volksstaates, an die Kulturgemeinschaft zwischen dem deutschen Volk und den anderen Kulturvölkern denken. Hier im Gebiet der „Rechtsschöpfung kraft Freiheit", um einen Ausdruck Walter Jellineks zu gebrauchen (Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913, S. 26), hast Du Deine Freiheit immer allgemeinen geschriebenen wie ungeschriebenen Sätzen, wie sie Deiner Gewissenhaftigkeit entsprechen, unterworfen. Ob Du hier von der praktischen Vernunft oder vom Logos reden willst, überlasse ich Dir; bezüglich des „Hypothetischen" und des „Kategorischen" habe ich mich in meiner Schrift geäußert. Nimm an, Du findest das „Richtige", d. h. was Du als richtig gebilligt hast, nimm weiter an, daß Dein Vorschlag in den Verfassungsentwurf kommt und von der Nationalversammlung angenommen wird. Damit ist das Creare beendet.

Jetzt kann folgendes geschehen: Dein Mandant streitet sich wegen einer Lücke im Vertrage mit dem anderen Kontrahenten; wegen einer Lücke im Statut entstehen Zwistigkeiten in der Verwaltung der Aktiengesellschaft und endlich spricht das Reichsgericht oder ein sonstiges oberstes Gericht auf einem Gebiet, das Dir entgangen war, z. B. auf dem Gebiete der Konsulargerichtsbarkeit, trotz Deiner „richterlichen Gewalt" wieder den bösen Satz aus (Bd. 92, S. 367): „Die Revision hat gewiß recht, daß im vorliegenden Fall dergleichen nicht in Frage kommt . . . Aber das Gesetz lautet allgemein und muß allgemein angewandt werden". (Sic! Urteil des II. Zivilsenats vom 12. April 1918.) Ich spreche jetzt nicht von der Urteilsschelte, die wir Ernst Fuchs oder Magnus für die Juristische Wochenschrift überlassen können. Zunächst wird nur eins für alle drei Fälle klar, daß das von Dir Geschaffene ein neues von Dir unabhängiges Leben begonnen hat, womit ich nur etwas wiederhole, was tausendmal gesagt worden ist, wie ich Dich ja schon oft gebeten habe, alles als „nicht neu" anzusehen, da ich nur kompiliere.

Deine Bestimmung über die „Richterliche Gewalt" ist ein Seiendes geworden (wie der Staat selbst, Staat kommt von état, vgl. Grimm). Aus dieser Bestimmung wird geschöpft (im Sinne des Haurire). Und hier erst beginnt die übliche Lehre von den Rechtsquellen: bei der Macht des Staates. Nehmen wir einen Satz aus Walter Jellinek: „Angenommen, es gäbe nur befehlende Rechtssätze, so sagt der oberste Satz aller Rechtsordnungen ganz allgemein: Wenn in einem menschlichen Gemeinwesen ein höchster Gewalthaber (sei es das Volk, sei es der Monarch, sei es eine besondere Gesellschaftsklasse usw.) vorhanden ist, so soll das, was er anordnet, befolgt werden. Der Satz hat die gleiche Unverbrüchlichkeit wie das Naturgesetz, wie dieses ist er unabhängig von der Wirklichkeit." Dieser furchtbare Satz, der nie in Rom, nie in der deutschen Rechtsgeschichte, nie in England, nie im Polizeistaat gegolten hat, enthält die Lehre von dem allgemeinen Nomos, dem immer der Logos entgegenzusetzen ist. Er verdankt seine „Geltung" nicht einer Denknotwendigkeit, wie Walter Jellinek behauptet, sondern einer Fiktion, die den Rechtstrieb in seiner Einstellung auf die Idee des Rechtes und der Gerechtigkeit, wie ihn uns jede Soziologie zeigt, ausschaltet. Das Recht ist nur zu erklären als regelmäßige Wirklichkeit. Wenn Walter Jellinek den „obersten Satz der Rechtsordnungen" nicht

erwähnt hätte — er schaltet ihn selbst S. 29 aus —, dann würde man zunächst nicht auf den Gedanken kommen, daß bei ihm die Quelle des Gewohnheitsrechtes der Staat ist (S. 175), wobei er sich auf Georg Jellinek beruft, der gesagt hat: „Träger der Staatsgewalt ist der Staat und niemand anders", und Walter Jellinek fügt hinzu „Der Staat steht also über den gesetzgebenden Organen". Das steht bei Walter Jellinek in der Lehre von den Rechtsquellen. In einem gerade jetzt in der Deutschen Juristenzeitung vom 1. Januar 1919 veröffentlichten Artikel erwähnt Walter Jellinek, welche Angriffe ausländische Juristen gegen die deutsche Staatsrechtswissenschaft während des Krieges erhoben haben. Da ich von diesen Angriffen erst durch Walter Jellineks Artikel vom Januar 1919 erfahren habe, nachdem meine Schrift im wesentlichen fertiggestellt war, so wird mir niemand sagen können, daß ich mich mit meinen Ausführungen vor dem Auslande verbeugen will. Hinzufügen muß ich: Mit dieser Lehre von den Rechtsquellen werden wir nie völkerbundsfähig sein.

Charakteristisch ist es, daß der Reichsgerichtsrat Dr. Neukamp (Deutsche Juristenzeitung, 1912, Sp. 44ff.) in einem Artikel „Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung" vom Case law (das er „Fallrecht" nennt) und vom Statute law (das er „Regelrecht" nennt) spricht —, ohne das Common Law überhaupt zu erwähnen, charakteristisch, weil Neukamp, der den Begriff des Common Law sicherlich kennt, an dieses Recht, das dem Engländer und Amerikaner heilig ist, nicht sofort gedacht hat, als er vom Case Law sprach. Und gerade in der Erkenntnis des „Als ob", des „Als ob Gewohnheitsrecht nicht älter wäre als alles Gesetzrecht", liegt der Schlüssel für die richtige wie die Erklärung für die falsche Rechtsquellenlehre. Nimm irgend ein Pandektenlehrbuch zur Hand (mit Ausnahme des Vangerow, diesen nicht, weil sich die Freirechtler immer auf ihn berufen), z. B. den Windscheid Kipp in der gleichzeitig mit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches erschienenen Auflage von 1900 und lies S. 63:

„Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, tatsächlich geübt wird. In der Übung tritt hervor die Überzeugung der Übenden, daß das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Überzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts. Denn die letzte Quelle alles positiven Rechts ist die Vernunft der Völker; wie für den Einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das

Maß der Dinge. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar begründet sie Recht durch Vermittelung der Gesetzgebung. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Umweg der Übung. Und zwar ist diese letztere Art der Begründung ursprünglich bei jedem Volk die praktisch wichtigere; eine ergiebigere Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße wie dann die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund usw."

Ich würde hier nicht die „Vernunft" als Handelnde personifizieren, sondern von dem Menschen ausgehen, der das was er übt, Erfahrungen und Vorstellungen entnimmt, die er aus der Entwicklung schöpft und die er auf die (bei Windscheid-Kipp erwähnte) „Vernunft" einstellt. Es kommt mir jetzt nicht auf die Kritik an, sondern auf folgendes: Auf die Tatsache des Prius des Gewohnheitsrechts, auf die Tatsache von der Bildung des Gewohnheitsrechtes trotz ihrer etwaigen Untersagung durch die bestehende Rechtsordnung (vgl. Stammler, Wirtschaft und Recht, S. 479, 673) und (was nicht wesentlich, aber erwähnenswert ist) auf die Tatsache, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch das Gewohnheitsrecht durch Schweigen hat anerkennen wollen. Absichtlich habe ich hier einen Romanisten und keinen Germanisten sprechen lassen. Daß Du bei Germanisten das Gewohnheitsrecht immer finden wirst, zeigen Dir Gierke wie Gerber-Cosack (vgl. auch Staub und die Polemik gegen Laband bei Gerber-Cosack [7. Aufl. 1895, S. 30], ferner Staudinger, Bd. I, S. 13 und die dort Anm. 2 enthaltenen Zitate aus Wundt „Völkerpsychologie I, 1. Teil, S. 8 und Anm. 3 bezüglich der Rechtsprechung). Wir haben nun aber die Angewohnheit, in der Lehre von den Rechtsquellen das Prius als Zweites zu erwähnen und zu sagen, als Rechtsquellen seien zu nennen 1. das Gesetz, 2. das Gewohnheitsrecht, und das tun wir, weil bei uns nach Möglichkeit kodifiziertes Recht gilt, nicht etwa bei allen Völkern, wie England und Amerika zeigen, sondern gerade bei uns aus ganz besonderen Gründen. Gerade diese übliche Darstellungsweise ist methodisch falsch, weil sie die Entwickelung zugunsten des Erkennbaren ausschaltet. Ihre Gefahr zeigt sich in der staatsrechtlichen Doktrin. Wir müssen uns daran gewöhnen, bei jeder Darstellung der Rechtsquellenlehre wieder beim Gewohnheitsrecht anzufangen, dann sehen wir zunächst das Haurire und das Creare aus der Entwickelung heraus, dann verstehen wir auch, was der

Gerichtsgebrauch, was die Wissenschaft, was „die Literatur", was ein rechtsschöpferisches Genie (z. B. auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und des unlauteren Wettbewerbes) für die Rechtsentwickelung bedeuten kann. Wir begreifen so erst die Bedeutung der Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleichung. Erst dann dürfen wir vom Gesetzesrecht sprechen, von der Entwickelung, die uns dazu geführt hat, das geübte Recht nach Möglichkeit durch das geschriebene Recht zu ersetzen, von dem Gedanken der Reichseinheit im Rechte, von der Rechtssicherheit, von den rechtsstaatlichen Prinzipien im Strafrecht, Steuerrecht und Verwaltungsrecht. Jetzt haben wir weiter den in der Entwickelung begründeten Wandel des Gesetzesinhalts zu zeigen, insbesondere Momente hervorzuheben, durch die dieser Wandel erkennbar wird. Es liegt hier alles an der Methode, an dem Wege der Darstellung. Mit dem Widerstand gegen diese Darstellungsweise verschwindet nur des Staates Allmacht für die Rechtsentwickelung, nicht die Majestät des Rechtes, die sich auch im „Gesetze" zeigen kann. Bei dieser Methode sehen wir immer wieder die Bedeutung der Entwickelung selbst, der Evolution. Und plötzlich stehen wir auf demselben Rechtsboden — wie unsere Feinde [und dann erkennen wir von neuem, welches Unrecht uns angetan wurde. Vor dem 4. August 1914 hätte man im Auswärtigen Amt Bruno Schmidt (Über die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus, Leipzig 1907) lesen und ihm entnehmen müssen: was Phillimore, der vielen Deutschen aus der International Law Association bekannte, in meiner Schrift erwähnte englische Richter, was der Franzose Pradier-Fodéré, der Belgier Rivier, der Russe von Martens und der Schweizer Vattel über die Clausula rebus sic stantibus gesagt haben und zwar auf Grund der Kenntnis der historischen Entwickelung unter Berücksichtigung der Idee des Rechts. Aber wir fanden es ja so schön zu sagen, daß wir ein Unrecht begangen]. Jetzt erst fühlen wir in unserem allgemeinen Recht Gemeinschaftsboden mit dem Völkerrecht: Im „Rechtsbrauch" (wobei das Wort Recht in dem als „aprioristisch" zu unrecht gescholtenen Sinne zu fassen ist), also wieder in der so oft gekennzeichneten Rechtsevolution erblicken wir mit von Martitz „die einzig wahre Quelle des Völkerrechts", denken mit ihm die Erkenntnismittel des Völkerrechts durch, die er ähnlich schildert wie Lord Mansfield (vgl. Zamora) und sagen mit ihm: „Vornehmstes Erkenntnismittel" ist die Wissenschaft. Nur beschränkt sich ihre Bedeutung nicht auf Fixierung

und methodische Bearbeitung des überlieferten Stoffes, vielmehr hat sie von jeher ihren Beruf darin gefunden, das Bewußtsein der Kulturvölker mit völkerrechtlichen Anschauungen zu erfüllen und damit für Befestigung, Erweiterung und Vervollkommnung der völkerrechtlichen Ordnung schöpferisch zu wirken" (Völkerrecht in der Kultur der Gegenwart, Systematische Rechtswissenschaft S. 434).

Dem „Gesetze" können wir ferner in der Rechtsquellenlehre — immer im Gedankengange der Evolution — jene außergewöhnlichen Verhältnisse hinzufügen, in denen sich Recht „originär", das heißt unmittelbar aus Rechtsevolution (nicht aus der Macht) entwickelt, wie ich es in Kapitel I und III meiner Schrift darzustellen versucht habe. Darüber braucht kein Gesetz etwas zu sagen, hier liegen in der Tat ursprüngliche Quellen vor, die sich ebensowenig wie das Gewohnheitsrecht von einem Gesetzgeber den Weg weisen lassen. So sind wir aus dem abgesonderten Kunstwald der positiven Rechtssätze zur Natur zurückgelangt, und von dort haben wir den Weg wieder zurückzugehen. Du siehst, wie tückisch die Evolution werden kann, wenn man ihr Grundgesetz, das Genetische, verachtet. Es heißt eben nicht ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ νόμος — sondern ὁ λόγος. Das kinetische Prinzip läßt sich durch das „Gesetz" nicht beseitigen.

Mit dem eben Ausgeführten haben wir auch das erwähnt, was über die Rechtsfindung durch den Richter zu sagen ist. Denn ist die Evolution das Naturgesetz alles Seienden, auch des kodifizierten Rechtes, so muß die Rechtsanwendung durch den Richter, die ein gerechtes Urteil für den konkreten Fall bezweckt, und nicht „die allgemeine Anwendung eines allgemeinen Satzes" dem in der Entwickelung begründeten Wandel des Gesetzesinhaltes Rechnung tragen, aber immer unter Berücksichtigung des Logos, des Geistes der Rechtsordnung und der Idee des Rechtes. Nicht uninteressant ist es, daß Wilson in seiner Ansprache an den Kongreß vom 11. Februar 1918 von der Lösung „based upon the essential justice of that particular case" spricht, also von der Entscheidung für den „Einzelfall".

Auch wir haben einen solchen Wandel des Gesetzesinhalts bald nach Ausbruch des Krieges in den Wandlungen erlebt, welche alte Bestimmungen durch die Kriegsentwicklung erfuhren. Man denke daran, was die Übertragung des gemeinen Strafrechts auf das besetzte Gebiet (durch den § 161 MStGB.), was die Kriegsteilnehmer-

eigenschaft für die heimatliche Gerichtsbarkeit, für die Folgen der Verschollenheit, was der Wirtschaftskrieg für das Erfüllungsgeschäft bedeutete usw. Auch der Geist der Rechtsordnung kann sich ändern, an Stelle eines grundsätzlich individualistischen Rechtes kann ein grundsätzlich soziales Recht treten. Einzuschalten ist hier folgendes: Schon vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches hat Gierke für die soziale Seite des Privatrechts gekämpft, wie seiner Schrift „Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht" (S. 11, 24) zu entnehmen ist, ferner hat er schon damals (1889) die Scheu des Entwurfs gegen jede Berührung mit dem öffentlichen Recht bekämpft (z. B. bezüglich der Frage der Enteignung, S. 108). Selbst wenn Stammlers großes, das Sozialrecht idealisierende Werk für Vieles grundlegend werden mag, das neue Sozialrecht muß, wenn es volkstümlich werden soll, auf der rechtshistorischen Grundlage des deutschen Volkslebens aufgebaut werden. Gerade auf dem Gebiet des Schlagwortes „soziale Gerechtigkeit" wird der Einzelne sehr leicht der Phrase verfallen. Der Philosoph, der den Staat der Gerechtigkeit geschildert hat, vergaß nicht, daß das Handeln des Einzelnen immer Zweckhandeln bleibt, und er läßt seine „Aristonbrüder" dies deutlich sagen (vgl. v. Wilamowitz-Moellendorff Platon, 1. Band, S. 401). Mit der Formel „soziale Gerechtigkeit" pflegt der Einzelne immer das für gerecht zu erklären, was ihm frommt, und was für den Einzelnen wahr ist, gilt hier auch für Gruppen. Aber das gilt nicht für den Richter. Bei ihm hat alle Gerechtigkeit „soziale Gerechtigkeit" zu sein.

2. Wenn wir nun zur „richterlichen Gewalt" übergehen und sagen, daß der Richter „dem Gesetze unterworfen ist", so bedeutet dies nicht den servus legis. Aus den vorzüglichen Ausführungen, die Danz (zum Teil im Anschluß an Düringers „Richter und Rechtsprechung") in seiner Schrift „Richterrecht" macht, sei folgendes wiedergegeben: „Da wir", so sagt Danz (S. 219), „— ganz allgemein und unbestritten — vom Richter eine objektive Entscheidung verlangen, nicht eine subjektive, so können für die Feststellung der Bedeutung der gesetzlichen Vorschrift nur die Vorstellungen maßgebend sein, die sich bei der Allgemeinheit der verständigen Menschen bei dem Lesen entwickeln . . . Der Richter handelt gegen das Gesetz dann, wenn er einen anderen Maßstab bei der Entscheidung anwendet als diesen; namentlich also, wenn er glaubt, daß er das Recht habe, seine subjektive Vor-

stellung diesem Maßstabe gegenüber zur Geltung bringen zu dürfen, in seiner Eigenschaft als Richter, dann überhebt er sich über das Gesetz!"

Hinzuzufügen ist noch: Wenn die Norm den Richter auf das Gesetz verweist, so bedeutet dies — abgesehen von Gebieten, in denen nur Gesetzesvorschriften gelten, wie z. B. im Strafrecht und Steuerrecht — niemals das Verbot, die natürliche Rechtsfortbildung durch das Gewohnheitsrecht zu beachten.

Weiter ist zu beachten, daß jede Entscheidung für den Einzelfall ergeht, daß also das Gesetz, wenngleich es allgemein gefaßt ist, nur angewendet werden darf, wenn seine Anwendung im Einzelfall zu einem vernünftigen Ergebnis führt, wobei immer die für die „Allgemeinheit der verständigen Menschen" gegebene Vorstellung zu berücksichtigen ist.

Diese Vorstellung steht unter soziologischen Gesetzen, sie ist abhängig von den Bedingungen des Soziallebens. Eine Garantieverpflichtung, der zufolge von einem industriellen Werke ein Mindestquantum an elektrischem Strom abzunehmen ist, hatte im Jahre 1913, wo sie begründet wurde, eine andere Bedeutung als im Januar 1919, wo sie noch bestand. Denn heute ist der Verbrauch durch Anordnungen der Staatsgewalt eingeschränkt wegen Mangels an Rohmaterialien, aus Spargründen usw., und die Allgemeinheit würde das große Elektrizitätswerk, das auf seinen Schein pocht, für einen Wucherer halten und den Richter für unvernünftig, der sagt, es sei entweder das Garantieversprechen zu erfüllen oder der ganze Vertrag aufzuheben. Die Vorstellung der Allgemeinheit über die Bedeutung des Garantievertrages hat sich geändert. Im Anfange des Krieges war die Auffassung verbreitet, es gebe kein Völkerrecht, sondern nur völkerrechtsgemäßes innerstaatliches Recht; heute wissen wir, daß Recht sich ebenso unter Staaten bildet wie unter Menschen, daß es einen Rechtsbrauch der gesitteten Völker gibt, daß dies Recht ist, weil die Allgemeinheit in der Entwicklung des Krieges diese Vorstellung als Rechtsvorstellung aufgenommen hat. Deshalb lehnt der Privy Council in dem von mir erwähnten Falle „Zamora" die alte Rechtsvorstellung ab und begründet die Lehre von der unmittelbaren Anwendung des Völkerrechts durch das Oberprisengericht. Derselbe Satz, der früher völkerrechtsmäßiges deutsches Recht gewesen, kann Völkerrechtssatz werden. Gerade jetzt in der Revolutionszeit sind die Beispiele leicht zu bilden. Man denke an

den 6. und 7. Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuches, an den Kanzelparagraphen und die lex Arons, an den „Geheimen Justizrat", an die frühere Stellung des Evangelischen Oberkirchenrates und an die durch die heutigen Verhältnisse neu erwachte Macht der evangelischen Gemeinden und die veränderte Organstellung der Generalsynode und des Generalsynodalvorstandes in den alten Provinzen. Und hier sind wir wieder bei dem Satze angelangt, der das Naturgesetz anerkennt und auch hier wollen wir Danz sprechen lassen: „Das ist die richtige historische Auffassung: daß alles im Fluß, in der ununterbrochenen Weiterentwicklung ist, die Sprache wie das Recht; daß dies nur unbewußt geschieht, ebenso wie die Meinungen der Menschen sich ändern, sei es in kürzerer, sei es in längerer Zeit. **Es ist ein müßiges und vergebliches Beginnen des einzelnen, gegen solch große Naturgesetze anzukämpfen; auch des Juristen! Es ist klar, daß nach der hier vertretenen Ansicht die Stellung des Richters zum Gesetz eine völlig andere wird, wie bisher angenommen" . . . „Der Richter ist durch das Gesetz verpflichtet, keine Entscheidung zu geben, die unverständlich, unvernünftig ist."** Einer unserer großen Juristen hat das schon so ausgedrückt: „Das Urteil soll gerecht sein **und verständig**" (vgl. Bolze, Düringer bei Danz S. 202).

Das ist Lehre von der Anwendung des Naturgesetzes durch den Richter, von der Einstellung des Richterspruches auf den Logos. Ist man aber dieser Lehre gefolgt und erkennt man, daß alle Rechtsfindung ohne Beobachtung des Lebens öde Buchstabenanwendung bedeutet, daß jeder richterliche Ausspruch zu sagen hat, was „im konkreten Fall des Lebens Recht geworden ist", so müssen Richtermacht und Rechtsmacht übereinstimmen. Hier könnte nun ein Zweifel einsetzen: Ist das Recht immer nur insoweit als Recht anzusehen, als es soziologische Tatsache ist, oder besteht für den Richter die Aufgabe, aus der „Idee des Rechtes" zu schöpfen? — eine Aufgabe, die Stammler mit den Worten kennzeichnet (Wirtschaft und Recht, S. 675): „Die Idee des Rechts bedeutet die Aufgabe, das Recht wieder an das Ganze des menschlichen Wollens zurückzugeben, um nach dem obersten Gesetze aller Zweckbetrachtung auf die begrifflich bestimmte Art des rechtlichen Wollens zu richten und zu leiten." Diese „Idee des Rechts" ist subjektive Vorstellung, welche die Entwicklung der Rechtsordnung beeinflußt; sie gehört gerade zu den Kräften, welche die Entwicklung fördern und

lenken, das Streben nach ihr liegt im Aufbau jeder Rechtsordnung, aber Rechtstatsachen sind nur die „Schatten der Idee", die Vorstellungen, die als Sozialordnung gelten, und nicht die Idee als solche. Die Idee des Rechts bezeichnet das Ziel; ebenso wie die Kultur, die das Recht enthält, Ziel ist, das Ziel, das nie erreicht werden kann — wegen des Gesetzes der Entwicklung, das alles Seiende wandelt — das Ziel, das immer wieder gesucht werden muß — wegen des Strebens des Menschen nach Ewigkeitswerten und Totalität.

Das Streben nach diesen Zielen, in denen die Idee des Rechts liegt, drückt sich in der Rechtsentwickelung aus, die dem Seienden neuen Sinn gibt und in der Ordnung des Seienden Neues schafft.

Der Richter steht im Leben, nicht außerhalb des Gemeinschaftslebens. **Deshalb hat die Rechtsordnung** als Tatsache des Soziallebens **die Grenze der Richtermacht zu sein.** Die Rechtsordnung ist aber nicht der Paragraphenkatalog, sie ist Summe von Vielheiten, die zur Einheit geworden sind, wie der Wald Einheit ist und bleibt, auch wenn jeder Baum im Walde sein eigenes Leben, sein eigenes Werden und Vergehen zeigt. Aber die Einheit im Rechte ist eine höhere, weil jede Einzelerscheinung sich einzustellen hat auf die Idee des Rechts und nur Daseinsberechtigung besitzt, wenn sie der Gerechtigkeit zu dienen vermag, wenn aus dem allgemeinen Satz, den der einzelne Rechtssatz enthält, die Entscheidung gefunden werden kann, von der es heißt: sie ist gerecht und verständig. Beispiele seien hier eingefügt: Bei der Rechtsprechung zu § 906 BGB. (Staudinger III, S. 262) hat das Reichsgericht aus einer großen Anzahl von Sondervorschriften den allgemeinen Rechtsgedanken gefolgert, daß, wo immer dem beeinträchtigten Eigentümer der Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Immission durch Sondervorschrift entzogen ist, ihm auch ohne Nachweis eines Verschuldens ein Schadensersatzanspruch zustehen muß. Die reichste Ausbeute bietet gerade auf dem Gebiete der Aufstellung allgemeiner Rechtssätze aus dem Geiste der Rechtsordnung die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (vgl. auch Haußmann „Der Rechtsgrundsatz der Gleichmäßigkeit im preußischen Kommunalabgabenrecht", Berlin 1917). Um einmal auch auf diesem Gebiete „etwas Unvernünftiges" in der Rechtsprechung zu erwähnen, sei folgendes Beispiel angeführt: Ein Erblasser, der im Jahre 1911 verstarb, hat seine Kinder zu Erben, seine Frau zur Nießbraucherin eingesetzt. Im Jahre 1915

hat die Witwe das Lebensalter von 65 Jahren erreicht. Zum 31. Dezember 1915 deklarieren die Kinder wie die Witwe ihr Vermögen. Nach der Vorschrift des § 38 des Besitzsteuergesetzes, die zahlreichen anderen Steuervorschriften entspricht, wird der Wert des Nießbrauchs berechnet und zwar vom 65. Lebensjahre an als das Fünffache der einjährigen Nutzung, während bis zum 65. Lebensjahre der Multiplikator 8½ war. Der Wert des Nießbrauches hat sich vermindert. Der Wert des Vermögens der Kinder hat sich vermehrt. Die Kinder werden zur Besitzsteuer veranlagt, ferner auch zur Kriegssteuer (!). Der Vorsitzende der Einkommensteuer-Berufungskommission lehnt den Hinweis auf § 3 Nr. 1 des Kriegssteuergesetzes wie auf § 27 des Reichserbschaftssteuergesetzes ab. Er meint, was dem Wortlaut des § 3 Nr. 1 („auf andere Weise aus dem Nachlaß des Verstorbenen von Todeswegen erworben ist") widerspricht, daß der Erbfall während des Veranlagungszeitraums stattfinden muß, die Fälle der Nacherbschaft, des Erwerbes nach Eintritt einer aufschiebenden Bedingung usw. interessieren ihn ebensowenig wie der wirtschaftliche Gedanke, welcher der ganzen Berechnung zugrunde liegt, und als „Weisheit letzten Schluß" führt er eine Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts an, in der es heißen soll: „Der Grund für den Zuwachs liegt in den gesetzlichen Bestimmungen". Ich habe viel zu viel Respekt vor dem preußischen Oberverwaltungsgericht, um zu glauben, daß es solchen unvernünftigen Satz ausgesprochen haben könnte. Das wäre in der Tat der servus legis, der das für Recht erklärt, was jede Vernunft als Unrecht ablehnen muß, und der anstatt den Geist der Rechtsordnung, den ihm nicht eine Einzelvorschrift, sondern eine Summe von Einzelvorschriften gezeigt hätte, sprechen zu lassen, seine ungerechte Entscheidung auf Worte stützt, die nach seiner eigenen Auffassung keinen Rechtssinn zu haben brauchen. Oder will man das Steuerrecht außerhalb des Rechtslebens stellen, weil es das Leben jetzt mehr ergreift als irgendein anderes Recht? Gerade auf dem Gebiete des Steuerrechts wird man Trauriges erleben, wenn man zwar über fehlende Steuerethik klennt, den Gedanken des Steuerrechts aber mißachtet und dieser Mißachtung prozessualen Ausdruck gibt (wie dies u. a. auch im September 1918 geschah). Und gerade auf dem Gebiete der Vermögenssteuer wird man entweder durch Richterspruch der gesamten Rechtsordnung allgemeine Sätze entnehmen müssen, die man für den Einzelfall anzuwenden hat, oder man

muß wieder einmal einen allgemeinen Teil in Gesetzesform aufbauen.

Mit diesen Gedankengängen befinden wir uns auf dem Gebiete, das mit den Formeln „Lücken im Rechte" und „Richterrechtssatz" oder in ähnlicher Weise bezeichnet zu werden pflegt. Die Ansicht, die hier vertreten ist, ist die, daß der Richter, wo das Gesetz schweigt, allgemeine Sätze aus dem Geiste der Rechtsordnung ableiten darf, die er für den Einzelfall anwendet. „Unter Rechtsordnung ist nicht nur das gesetzte Recht zu verstehen, sondern eine aus der Gesamtheit der Gesetze, des Gewohnheitsrechtes, der Rechtsprechung und des Gerichtsgebrauchs sich ergebende rechtliche Ordnung, die insoweit Grundlage zur Ausfüllung von Lücken sein kann, als sich in ihr erkennbare Ansätze entwicklungsfähiger Rechtsgedanken finden und zwar Ansätze, die nicht etwa durch die Gesetzgebung überholt oder negiert sind, sondern solche, die in irgendeiner Beziehung als Recht gelten" (die Worte sind, da sie dem Briefe eines Bekannten, der nicht genannt sein will, entstammen, in Anführungszeichen gesetzt). Damit sind wir zu dem Satz zurückgekehrt, daß es keine Richtermacht außerhalb der Rechtsordnung gibt, haben aber gesehen, daß die Stellung des Richters den Grundgesetzen des Rechtslebens entsprechen und dem Entwicklungsgedanken gerecht werden kann, ohne daß man den Richter zum Kadi zu machen braucht.

Schweigt das Gesetz, so hat der Richter seine Entscheidung den leitenden Gedanken der Rechtsordnung zu entnehmen.

Anders schöpft auch der anglo-amerikanische, französische oder schweizer Richter nicht (vgl. Ernst Fuchs, Juristischer Kulturkampf, S. 122 ff.), selbst der neue Codex Juris Canonici (can 2) si certa de re desit expressum praescriptum legis usw.) aus dem Jahre 1917 will die Evolution anerkennen, aber auch nur im Geiste der Rechtsordnung. Man irrt, wenn man annimmt, daß der englische Richter „Kadi"funktionen ausübt. Dem in meiner Schrift erwähnten englischen Gesetze von 1906 über die Haftung der Gewerkschaften gingen englische Rechtssprüche voraus, die als judge made law auf das heftigste bekämpft wurden. Der Richter konnte hier das Recht nicht fortbilden, weil die leitenden Sätze seiner Rechtsordnung, insbesondere wegen der Schadenshaftung aus torts, der Natur einer wirtschaftlichen Kampforganisation nicht Rechnung tragen konnten. Deshalb mußte das dem Engländer so unsympathische

formelle Gesetz eingreifen. In seinem Werke über „The American Judiciary“ (New York 1905) zitiert Simeon E. Baldwin in dem Kapitel „The Judicial Power of Developing Unwritten Law“ folgenden Passus: „The truth is that the law is always approaching and never reaching consistency. It is forever adopting new principles from life at one end, and it always retains old ones from history at the other, which have not yet been absorbed or sloughed off. It will become entirely consistent only when it ceases to grow.“ Er fügt aber hinzu: „It is for the judge to adapt old principles rather than adopt new ones.“ Die Gefahr der Lehre von der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters wird von manchem in dem Mangel an Rechtssicherheit erblickt; man wünscht die „Voraussehbarkeit“ der Entscheidung. Dieser Wunsch ist, da kaum ein Einzelfall dem andern gleicht, unerfüllbar. Dieser Wunsch enthält gleichzeitig ein zweites Moment, das vielen als weitere Gefahr des Richterrechts erscheint: Die Verehrung der Präzedenzfälle, die in der Praxis zweifellos vorhanden ist. Dazu ein Wort aus der Schrift von Baldwin: „Precedent is a fruit of reason ripened by time. Time, it has been said, is the daughter of Antiquity and takes place after Reason which is the daughter of Eternity. Precedent rests on both.“ Er zitiert aber weiter den Chief Justice Black (Pennsylvania): „There are old decisions of which the authority has become obsolete, by a total alteration in the circumstances of the country and the progress of opinion. Tempora mutantur. We change with the change of times, as necessarily as we move with the motion of the earth.“ Alle diese Sätze können wir übernehmen; sie zeigen das Gesetz der Entwickelung, dem alle Erscheinungen des Rechtslebens unterliegen, und führen zu der Forderung, die Stellung des Richters diesem Gesetze entsprechend aufzufassen. Der Richter muß das Organ des Rechts sein, nicht das staatliche Organ für Benutzung der Rechtsschablonen. Dann werden wir wieder das „materielle“, aprioriſch gescholtene „Recht“ haben, dann erst wird das Volk wissen, daß sein Recht Volksgut ist. Dann werden wir Volksstaat sein und die „Bindung des Staates an sein Recht“ wird nicht als staatliche Selbstbeschränkung zu deuten sein, sondern als Anerkennung der Ebenbürtigkeit von Recht und Staat zu gelten haben.

Der Richter hat aus der Rechtsordnung den Richterspruch für das Leben zu schöpfen. Auch er muß aus dem Leben, der Rechtspraxis hervorgehen. Weder die Beamtenausbildung im Referendariat noch die Assessortätigkeit wurzeln zur Genüge im praktischen Leben. Sie reichen in einer Zeit wie der heutigen auch nicht mehr als Arbeitspensum für die jungen Juristen aus. Sie bieten auch nicht finanziell diejenigen Entlohnungsmöglichkeiten, das Existenzminimum, dessen der junge Jurist heute bedarf. Die Juristenlaufbahn darf kein Klassenprivileg sein. Acht bis neun Jahre ohne Verdienst und ohne intensive Tätigkeit darf kein junger Mann in Deutschland, im ärmsten Lande, herumlaufen. Die Beamtenstellung paßte für unser früheres Staatswesen, in dem das „Unpolitische" als Ideal galt und der Bürger nichts Schöneres kannte als die Freiheit „vom Staate" oder die Verehrung des Seienden. Heute beginnt die aktive Wahlfähigkeit und damit das politische Interesse in recht jungen Jahren, da soll die Beamtenqualität die politische Entwickelung des Einzelnen nicht hindern.

Die Ausbildungsaufgabe, die früher der Staat übernommen hatte, wird Sache der Rechtsanwaltschaft sein, die am besten gleich dann damit beginnt, wenn der junge Mann zur Universität kommt. Ich will nicht alle die Vorschläge wiederholen, die sich in den Schriften von Dernburg, Gneist, L. Goldschmidt, Gierke, v. Liszt, Erich Kaufmann usw. sowie in den Verhandlungen des Deutschen Juristentages (insbesondere Gerland) über die Vorbildung der Juristen finden. In der Schrift, die von Liszt 1886 veröffentlichte, finden wir die Klagen, die auch heute noch immer wieder ertönen, und das Wort Bismarcks, das v. Liszt dem Beispiele L. Goldschmidts folgend anführt, sei auch hier wiedergegeben:

> „Es spricht wesentlich für die Tüchtigkeit der Menschenrasse, die Preußen bewohnt, wenn die aus ihr hervorgehenden Beamten durch die bestehenden Einrichtungen nicht gehindert worden sind, dem Staate so wesentliche Dienste zu leisten, wie sie sie geleistet haben."

Zitelmann hat in seiner Schrift (Leipzig 1909) eine Forderung aufgestellt: „Wir müssen die jungen Juristen vor der Hauptstudienzeit erst in die Praxis bringen." Weiter spricht er vom „Wirklichkeitshunger" und erwähnt die Bedeutung der Person des Lehrers und der „Werte auf dem Lehrmarkte". Dem sei hinzugefügt: Es darf zu

keiner Zeit der juristische Anschauungsunterricht fehlen, das eigentliche Lernen wird sich in Gruppenlehrkursen vollziehen müssen, sowohl das Kolleg wie die Übungen; und Vorlesungen wie Übungen werden den Juristen nicht nur bis zum Ende seines Studiums, sondern bis zum Ende der praktischen Ausbildungszeit begleiten und zwar in ständiger Fühlung mit der Universität und der Handelshochschule. Dabei möchte ich nur an etwas erinnern, was mir als Schüler der Pariser „Ecole des sciences politiques" naheliegt. Diese Schule wurde bald nach dem Kriege 1870/71 gegründet, unter dem Eindrucke des nationalen Schmerzes, den Frankreich empfand, mit dem Ziele, politisch ausgebildete Männer hervorzubringen, die ihrem Vaterlande, auch wenn sie nicht Beamte würden, dienen könnten. Wer die Tätigkeit dieser französischen Schule beobachtet hat, der weiß, was sie durch Selbstorganisation, durch freiwillige Mitarbeit der bedeutendsten französischen Staatsmänner, Gelehrten, Generale und durch die eigene Arbeitsorganisation der Schüler selbst geleistet hat. Wir besitzen in Deutschland kein Lehrinstitut, das mit dieser vorzüglichen Anstalt verglichen werden könnte. Wohl aber besitzen wir die Möglichkeit, Ähnliches zu schaffen. Die Berliner Handelshochschule hat sich, was nicht zum geringsten Teil Professor Apts Verdienst ist, so entwickelt, daß es möglich wäre, gerade diesem Institut eine der französischen Anstalt ebenbürtige Organisation anzugliedern.

In dem neuen Staate wird es sicherlich eins nicht mehr geben, das ist die Freiheit von der Arbeit, die für viele früher mit der akademischen Freiheit identisch war. Daß nicht an allen Orten Universitäten und sonstige Hochschulen bestehen, ist unerheblich. Die Lehrkräfte, insbesondere die Extraordinarien sowie die Privatdozenten die durch Praktiker zu unterstützen sind, werden in den Zeiten, die uns erwarten, für eine Zeit des Jahres gern im Wandern dozieren. Diese Beziehungen zwischen Universität und Praxis werden beide fördern; daß sie niemals das rein wissenschaftliche Arbeiten gefährden dürfen, muß ich hinzufügen.

Daß die ständigen Beziehungen zur Universität und den anderen Hochschulen auch den älteren Praktikern, Richtern, Beamten wie Anwälten hochwillkommene Anregungen bieten werden, ist anzunehmen. Es darf nicht bleiben, wie es war. „Nütze deine jungen Tage, lerne zeitig klüger sein." So muß es von Anbeginn des Studiums an heißen, und es muß eine Stelle geben, der die Generalleitung,

die Organisation der Ausbildung im Recht und in der Volkswirtschaft zufällt. Das kann nur die Anwaltschaft sein; nur ein Beruf, der im Leben wurzelt, kann die individuelle Entwicklung ermöglichen, kann die Ausbildung nach der Verschiedenartigkeit der Begabungen verschieden gestalten. Die Beziehungen zwischen Anwaltschaft und Behörde lassen sich leichter knüpfen als die zwischen Behörde und Behörde. Der Verkehr wird weniger büromäßig als persönlich sein. Viel häufiger, als dies heute der Fall ist, wird der Beamte wieder Anwalt und der Anwalt Beamter werden.

Damit komme ich auf die Frage des Richtertums zurück. Die Rechtsanwaltschaft ist es gerade, die dem Richter das Tatsachenmaterial bringt (worunter nicht nur Tatsächliches fällt) und mithilft am Gestalten des Werdenden und Wirkenden. Das Richtertum muß aus der Anwaltschaft hervorgehen. Es ist kein Zufall, daß dies in den meisten Ländern geschieht. Wer Gneists „Freie Advokatur", Weißlers Geschichte der Anwaltschaft und die Reformschriften von Adickes liest, der sieht, daß das Zufällige in unserer Entwicklung liegt, die bei der Anwaltschaft von der Gebundenheit ausging und den Anwalt aus der Gebundenheit in dem „oben" für richtig befundenen Maße befreite. Die Zusammenhänge zwischen Richtertum und Anwaltschaft waren vor der Reichsjustizorganisation jedenfalls in Preußen viel intensivere, der gegenseitige Austausch ein viel häufigerer als heute, wo er eine Ausnahme ist. Wer sich über die Zusammenhänge zwischen Richtertum und Rechtsanwaltschaft belehren will, der lese in den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags, 3. Legislaturperiode, II. Session 1878 nach, und der lese dort insbesondere die Reden des Abgeordneten Windthorst. „Ich wünsche", so sagte er, „namentlich für die Richter, daß sie das Recht haben, zu verlangen, zur Rechtsanwaltschaft zugelassen zu werden ... Es ist bereits ... hervorgehoben worden, daß darin eine große Garantie der Unabhängigkeit der Richter liegt und dieses kräftigste Mittel der Unabhängigkeit will ich dem Richter gewahrt wissen. Man meint, wenn zugelassen würde, daß Richter Anwälte werden und ein Recht hätten es zu werden, so würde man an vielen Stellen Richter nicht bekommen ... Ich habe die Furcht, daß wir keine Richter bekommen, dann nicht, wenn wir **die Richter so stellen, wie sie gestellt werden müssen. Im Gegenteil habe ich die feste Überzeugung, daß, wenn die Richter so gestellt sind,**

wie sie festellt werden müssen, der Andrang zu den Richterstellen ein sehr großer sein wird." Und derselbe Windthorst war es, der für die Freiheit der Advokatur kämpfte wie ein Löwe und in seiner großen Rede vom 12. Februar 1878 fast dieselben Forderungen aufstellte — die von den jüngeren Berliner Anwälten in der großen Versammlung vom 22. Dezember 1918 erneut in den Sätzen formuliert wurden:

> Wir verlangen die Befreiung der Rechtsanwaltschaft von obrigkeitsstaatlichen Einschränkungen insbesondere durch gesetzliche Schaffung
>
> 1. eines keinerlei staatlicher Aufsicht unterworfenen Rechtes der Kammer und ihres Vertretungsorgans auf Mitwirkung im Rechtsleben, insbesondere bei der die Rechtspflege und die Rechtsanwaltschaft selbst betreffenden Angelegenheiten,
> 2. eines die ganze deutsche Rechtsanwaltschaft vertretenden öffentlich-rechtlichen Organes,
> 3. einer lediglich von Rechtsanwälten auszuübenden, mit eigener Gerichtsgewalt auszustattenden Ehrengerichtsbarkeit,
> 4. eines die Parteirechte des Betroffenen wahrenden Aufsichtsverfahrens, das sich jeder Einmischung in rein private, den Beruf nichts angehende Angelegenheiten, wie jeder einen Strafcharakter tragenden Maßregel zu enthalten hat.

Sie hätten das Schlußwort der Windthorstschen Rede hinzufügen können:

> „Wir müssen das durchsetzen, denn ohne tüchtige Anwaltschaft kein ordentlicher Prozeß, und ohne eine tüchtige Anwaltschaft keine wahre Vertretung bürgerlicher Freiheit*)."

---

*) Die großen Aufgaben der jetzigen Zeit werden eine Neuorganisation der Anwaltschaft erforderlich machen. Die öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten haben die Kammern und ihre Vorstände zu erledigen. Daß für einen Bezirk wie Berlin 15 Vorstandsmitglieder nicht genügen, sei erwähnt, ferner auch, daß das Prinzip der „Wiederwahl" von Vorstandsmitgliedern, wie es seit Jahrzehnten geübt wird, nicht dazu beiträgt, den Vorstand sehr aktionsfähig zu machen. Neben dem Vorstand muß es aber in jedem Kammerbezirk einen auf sozialwirtschaftlicher Grundlage aufgebauten Berufsverein geben. Auf der schon erwähnten Anwaltsversammlung vom 22. Dezember 1918 wurde ferner folgende Resolution gefaßt:

> „Wir erstreben die organisierte Zusammenfassung der deutschen Rechtsanwälte in Berufsvereinen, zu deren die Anwaltsvereine — ohne Beeinträchtigung ihres wissenschaftlichen Tätigkeitsgebiets — auszugestalten sind. Dieser Zusammenschluß der Berufsgenossen ist schon um deswillen unentbehrlich, weil nur durch ihn es gelingen kann, die bedrohten beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Anwaltschaft zu schützen und die ungeheuer

Der „Racker" Staat liebt weder den Richter noch den Anwalt. Der „Racker", der die „Subsumtionsmaschine" für richtig hält, drückt den Richter und der Richter drückt den Anwalt. Der Geschäftsbetrieb

---

großen, der Anwaltschaft harrenden sozialen Zukunftsaufgaben zu bewältigen, als deren dringlichste die Mitarbeit an der wirtschaftlichen Wiederaufrichtung der Kriegsgeschädigten erscheint."

Die Aufgaben des Berufsvereins, der weit beweglicher sein wird als die Kammer, haben in der Organisation der anwaltlichen Arbeit bei Aufrechterhaltung des Individualvertrages zu liegen. Er hat tätig zu sein für die Arbeitsbeschaffung, Erweiterung des anwaltlichen Arbeitsgebietes, für den Arbeitsnachweis und für die Arbeitsverteilung zugunsten unbemittelter oder erwerbsloser Anwälte. Er hat eine gewisse Spezialisierung zu fördern. Auch genossenschaftliche Leistungen (gemeinsamer Einkauf von Bureaumaterial, Kollektivverträge für Regreßversicherung usw.) kommen in Frage. Bei der Arbeitsverteilung kommen Armensachen, die vom Staate zu honorieren sind, Vormundschaften, Pflegschaften, Treuhandschaften, Staatsprozesse usw. in Betracht. Die Sachen haben an den Berufsverein zu gehen und sind von dort zu verteilen unter Berücksichtigung von Kriegsgeschädigten, Erwerbslosen usw. Dazu wird dann die große Aufgabe der Ausbildung junger Juristen treten. Die örtlichen Berufsvereine haben sich unter den deutschen Anwaltsverein zu stellen, der die Inspectio generalis bei genauer Ständigkeitsabgrenzung ausübt. Ferner hat die Berufsorganisation die Berufsgenossen sowie die Familie in den dringenden Fällen mit geldlichen Leistungen zu unterstützen. Dem müssen auch Vermögensleistungen der Berufsgenossen entsprechen, die auf Grund des als Einkommen aus gewinnbringender Tätigkeit deklarierten Betrages festzusetzen sind. Rechtsansprüche sind auszuschließen, dafür ist aber der Grundsatz einzuführen, daß immer Schiedsgerichtsbarkeit mit Berufung an den Deutschen Anwaltsverein zu gewähren ist. Es wäre falsch, den Berufsverein zum Versicherungsverein zu machen. Im Berufsverein wird sich wissenschaftliches Leben entfalten, Solidarität und Vereinsdisziplin sind zu pflegen. Die Entscheidungen der Schiedsgerichte haben den „Berufsbrauch" zu entwickeln. Der Durchführung dieser Pläne stehen große Schwierigkeiten entgegen: einmal sind es die älteren Anwälte, die alles ja „schon früher einmal" gesagt haben und die daraus die Berechtigung herleiten, die jüngeren mit ihrer Kritik anzukrähen und sie am Aufbauen zu hindern. Die Jungen wollen aufbauen, die Älteren allenfalls abnehmen. Ferner ist der Begriff der Disziplin, der Ausbau der „Einheit aus Vielheiten" vielen Anwälten fremd, da sie dem überwundenen Freiheitsideal, der Idee, daß jeder der Klügste sei, huldigen und Disziplin = Militarismus setzen. Diese müssen dann mit den Älteren zusammen abwarten, was von „oben" kommt. Herr Groeber hat bereits angeklopft, Gröbere werden die Tür einschlagen. Zum Schluß noch Fragen und Antworten: Quaestio Domitiana: Ist das, was Ihr anstrebt, eine Gewerkschaft, ein Verein, eine Genossenschaft, eine Zunft, eine Innung?

Responsio Celsina: Neue Zeiten bedingen neue Formen. Alte Begriffe sind Vorurteile, erst wird gestaltet, dann konstruiert. Erst die Intuition, dann die Synthese, dann die Analyse, mit Kritik kann man kein Haus bauen. Habt

der Anwaltkammer untersteht der Aufsicht des Oberlandesgerichtspräsidenten, das Reichsgericht, Oberlandesgericht wie die Staatsanwaltschaft wirken bei der Ehrengerichtsbarkeit mit, eine Gerichtsbarkeit mit eigener Gerichtsgewalt fehlt der Rechtsanwaltschaft. Und der Richter wurde in eine Ratsklasse schlecht einrangiert und miserabel bezahlt. Aber er durfte und darf Ordnungsstrafen gegen den Rechtsanwalt festsetzen. Divide et impera!

Ein Richter (Amtsgerichtsrat Louis Levin, Berlin 1916) ist es gewesen, der in einer Arbeit, vor die er das schöne Wort aus dem Sachsenspiegel gesetzt hat:

„Got is selve recht,
Dar umme is eme recht lief",

das Wort geprägt hat von „der Verwirklichung der Arbeitsgemeinschaft zum Zwecke der Rechtsfindung", von den „sozialen Gedanken der Rechtspflege". „Indem der Richter", so sagt er, „für das Recht kämpft und er soll nur für das Recht kämpfen . . . hat er dasselbe Ziel wie der Richter. Das Ziel jedes Rechtsstreits ist die Verwirklichung des Rechts. Hierauf sind alle Organe der Rechtspflege gerichtet und einzurichten."

Die Gefahr einer solchen Arbeitsgemeinschaft liegt in der Bildung unvolkstümlichen Juristenrechtes. Ihr entgegenzuarbeiten wird Sache der Gerichtsorganisation sein durch starke Ausbildung des Laienrichtertums. Gerade der „Laienrichter" (wobei ich den Ausdruck unkritisch gebrauche und die einzelnen „Arten" hier zu erörtern ablehne) ist mit dazu berufen, das Recht zu entwickeln, über der gerechten Behandlung des Einzelfalles zu wachen und bürokratischen Geist zu bannen.

In diesem Zusammenhang sind noch drei Fragen zu erwähnen.

a) Der „vom Volk gewählte Richter". Wer nach ihm ruft, der lese zunächst die Wespen des Aristophanes, wo er die ἀρχή der Athener nicht als kinetisches, sondern als rechtszersetzendes Prinzip kennen lernen wird. Denn das griechische Wort κρίνειν „richten", bedeutet

---

Ihr Angst vor der „Gewerkschaft", dann denkt an das Bergrecht Auch hier könnt Ihr schürfen und muten und am Geförderten sind alle Berufsgenossen mitbeteiligt. Weitere Frage: Was ist neu? Antwort: Hoffentlich nichts. Man soll immer schöpfen im Sinne des Haurire, bevor man schöpft im Sinne des Creare. — **Die Verfassung sollte die private Rechtsfähigkeit der auf sozialwirtschaftlicher Grundlage beruhenden beruflichen Selbstorganisationen anerkennen sowie die Haftung dieser Verbände für außervertragliche Schädigungen ausschließen.**

nun einmal zunächst „trennen“. Daß „der vom Volk gewählte Richter“ Programmpunkt werden konnte, ist nach allem, was von Staatswegen an der richterlichen Gewalt und an der Stellung der Rechtsanwaltschaft gesündigt worden ist, erklärlich. Daß auch hinter diesem Programmpunkt das „Als ob“ steckt, ist leicht zu zeigen. Als ob das Volk den Richter kennt, als ob wir die kleinen kantonalen Verhältnisse der Schweiz hätten, als ob es bei den amerikanischen Bundesgerichten nicht auch den angestellten Berufsrichter gäbe. Aber man muß den Spott über das Erfurter Programm dämpfen. Denn zweifellos entspricht die Stellung des Richters bei uns nicht der Bedeutung des Rechts. Wir brauchen bei der Bedeutung des Rechts den Berufsrichter, auch wenn die Anwaltschaft später den Richter wählen sollte, und wir müssen weiter darauf bedacht sein, seine Unabhängigkeit zu sichern, die durch Volkswahl vernichtet würde.

b) Die Unabhängigkeit des Richters insbesondere des Berufsrichters war nach den allgemeinen Grundsätzen des bisher geltenden Rechtes durch die Sätze gesichert, daß Eingriffe der Verwaltung in die Rechtspflege unzulässig seien, daß Richterabsetzung und Richterversetzung nur nach Maßgabe des Gesetzes erfolgen dürfen, daß der Richter auf Lebenszeit ernannt wird und daß Ausnahmegerichte unstatthaft sind. Mit Recht heißt es in einer Kundgebung deutscher Juristen an die jetzige Reichsregierung: „Diese Grundsätze sind Grund- und Ecksteine staatsbürgerlicher Freiheit und Rechtssicherheit. An ihnen darf nicht gerüttelt werden.“

Hinzuzufügen ist aber: Bezahlt die Richter, wie es ihrer hohen Aufgabe entspricht. Gebt den Richtern die Möglichkeit, ihr Schreibwerk in das Stenogramm zu diktieren, gebt ihnen Hilfskräfte und Schreibmaschinen. Dann werden die Urteile auch volkstümlicher und verständlicher sein (das „Juristendeutsch“ soll hier nur erwähnt werden).

c) Auch bei Anerkennung der Unabhängigkeit des Richters muß wieder nach Garantien gefragt werden, die den Volksgenossen den gerechten Richterspruch wie die Entwicklung des Rechtes im Sinne der Gemeinschaftsordnung sichern. Gerade auf diesem Gebiete fallen der Anwaltschaft als Vertreterin der rechtssuchenden Volksgenossen besondere Aufgaben zu. Diese seien programmatisch skizziert:

α) Mitwirkung bei der Geschäftsverteilung der Kollegialgerichte und zwar mit voller Stimmberechtigung nicht nur mit votum consultativum. Wäre dieser (von Julius Magnus seit

langem propagierte) Vorschlag früher verwirklicht worden, so hätten wir manches Schlagwort (insbesondere „Moabit"), das der Justiz sehr im Volksansehen geschadet hat, vermeiden können.

β) Sammlung der Urteile.

Da heute Urteilsvervielfältigungen auf mechanischem Wege leicht zu organisieren sind, so ist das Verlangen, daß namentlich auf dem Gebiete des Zivilrechts und des Verwaltungsrechts die Berufungsgerichte Abschrift eines jeden Urteils an den deutschen Anwaltsverein zu senden haben, nicht unbescheiden. Erscheint diese Arbeit als zu große (was ich bezweifele), so begnüge man sich mit den Sprüchen der obersten Gerichte. Bei ihnen ist der Grundsatz, daß die Rechtsprechung eine einheitliche zu sein hat, durch Gesetz anerkannt und gesichert. Diese Sicherung genügt aber nicht. Die Anwaltschaft soll hier als Vertreterin des Rechtsuchenden mitarbeiten, und soll die Urteilskritik, wie sie jetzt schon in der Juristischen Wochenschrift begonnen ist, im Wege der Arbeitsteilung organisieren. Mit Bewunderung muß hier des tüchtigsten Urteilsschelters, des Karlsruher Rechtsanwalts Ernst Fuchs, gedacht werden.

γ) Votenbekanntgabe.

Das Kollegialgericht wird den „Referenten" nicht missen können. Das Urteil soll durch das Votum vorbereitet werden. Der Referent beeinflußt erfahrungsgemäß das Kollegium. Das Votum ist aber auch nur „Quelle" und noch nicht „Gestaltung". Die eigentliche Quelle hat die mündliche Verhandlung zu bleiben. Sinnlos erscheint es, daß das Gericht zwei Anwälte über „Kauf" plädieren läßt und sich still an dem Votum erfreut, das „Kommissionsvertrag" annimmt. Da erscheint die Forderung, das Votum vorher im Wege der Akteneinsicht bekannt zu machen, berechtigt. Die Befürchtung, daß der Richter damit zum Objekt der Kritik und demnächst zum kritisierenden Objekt werde, ist nur für die Übergangszeit begründet.

δ) Öffentliche Beratung bei den obersten Gerichten.

Diese Forderung trägt der Bedeutung der obersten Gerichte Rechnung wie der Bedeutung der Persönlichkeiten, die in obersten Gerichten das Richteramt ausüben. Das Volk soll seine großen Richter kennen und ehren — die kleinen gehören nicht in die obersten Gerichte.

ε) Anspruch auf mündliche Verhandlung und Sicherung der Parteistellung.

Hiermit hätte die Aufzählung beginnen sollen. Denn das Recht, auf Verlangen gehört werden zu müssen, ist die wichtigste von allen Garantien. Diese Forderung schließt weder den provisorischen Justizakt (einstweilige Verfügung, Mahnverfahren usw.) noch das Beschlußverfahren aus, sie wendet sich aber mit aller Energie gegen Ungehörigkeiten, wie sie die Reichsfinanzhofordnung (und andere Verfahrensregelungen) aufweisen.

Daß die Prozeßgrundsätze, die sich als Kulturnormen des Verfahrens bei uns entwickelt haben, dieselben Garantiefunktionen zeigen, sei nur erwähnt. Festzuhalten ist vor allen Dingen daran, daß in keinem Falle ein Volksgenosse Objekt eines Verfahrens werden darf. Er ist immer als Partei zu behandeln. Mit zu den Parteirechten sind Grundsätze zu zählen, die noch ungenügend ausgebildet sind: Einmal der Grundsatz des Rechtsbehelfes, demzufolge alles Tatsächliche der Nachprüfung durch ein anderes Gericht zu unterliegen hat. Dieser Grundsatz wird im Strafrecht durch die Forderung nach der „Berufung in Strafsachen" formuliert. Diese Forderung ist berechtigt, unberechtigt erscheint aber die „Oberstrafkammer", ich vermag nicht einzusehen, weshalb nicht, bei der Besetzung mit zwei Berufsrichtern und drei Laienrichtern, die Strafkammer A die Berufungen gegen die Strafkammer B erledigen könnte. Bei Schwurgerichten wird, insoweit Freispruch erfolgt ist, die Berufung auszuschließen sein. Sodann sind (vgl. Prot. über die Reform des Strafprozesses, Guttentag 1905), die Grundsätze über die Wiederaufnahme des Verfahrens ungenügend durchgebildet. Es war nicht richtig, daß z. B. im Felde, im kriegsrechtlichen Verfahren, der Gnadenweg das Wiederaufnahmeverfahren zu ersetzen hatte (vgl. Entsch. des Reichsmilitärgerichts, Bd. 19, S. 128; über die Kulturnormen im Feldverfahren v. Schlayers Abhandlungen in der Deutsch. Strafrechtsz., 1915). Alle diese Gesichtspunkte können hier nur skizziert werden (vgl. die Protokolle 1905).

Gerade in der Strafrechtspflege wird die Bedeutung des Grundsatzes hervortreten, daß das Richtertum aus der Anwaltschaft hervorzugehen hat. A. Mendelssohn-Bartholdy hat in einem Aufsatz über Justizreform (Jahrbuch des öffentl. Rechts, Bd. I, S. 153 ff.) prachtvolle „documents humains" zusammengestellt, die bei der Kritik des von Gaston Leroux verfaßten Stückes „La Maison des Juges" die englischen und französischen Auffassungen belegten. In Frankreich das Verwaltungsprinzip, den procureur zum Richter avancieren zu

laſſen, in England der Grundſatz, den Counsel zum Richter zu machen. Er zitiert aus dem Daily Telegraph: „Die Folgen dieſes Syſtems gehen tief. Bedenken Sie, daß ein franzöſiſcher Richter immer verfolgt hat, und nie verteidigt. Er ſtand ſtets gegen den Angeklagten, nie an ſeiner Seite; er iſt dazu erzogen, ihn für ſchuldig zu halten ... Hier bedeutet die Juſtiz nicht die Gnade, ſondern Beſtrafung ... Bedenken Sie ſchließlich: Der eine Gedanke, der ihnen vollkommen fremd ſein muß, iſt gerade der Gedanke, der oft einen engliſchen Richter beſchleicht — war er doch ein großer Anwalt, ehe er auf die Richterbank zu ſitzen kam — der Gedanke: Ich könnte den Mann zu verteidigen haben, über den ich jetzt urteile." Und ferner führt Mendelsſohn-Bartholdy die feierlichen Worte an, mit denen der Lord Chief Justice von England bei der Einweihung des neuen Strafgerichtsgebäudes in London am 27. Februar 1907 dem Könige antwortet:

> „We who have the honour of holding your Majesty's commission keep steadily before us the thought that from your Majesty, and your Majesty only, is derived our jurisdiction that we act for you and in your name and this thought ought to make us, one and all, whatever our position may be, determined that we will strain every nerve, will spare no effort, so that we may be not unworthy instruments in the exercise of the greatest of the prerogatives of your Majesty — **justice and mercy.**"

So ſollte heute der deutſche Richter vom deutſchen Volke ſprechen, wenn das deutſche Volk ſein Recht kennen würde. Man wird hier vielleicht fragen, ob ſich hinter dieſen Zeilen eine Kritik der Tätigkeit unſerer Richter verbirgt. Die Kritik bezieht ſich auf die ſtaatlich geregelte Organſtellung des Richters, nicht auf die Ausübung des Amtes durch die Richter. Wir hatten und haben ſowohl auf dem Gebiete des Zivil- wie des Militärſtrafrechts und des öffentlichen Rechts große Richter, deren Namen fortleben ſollten. Vom Strafrecht ſchweige ich wegen der böſen „tatſächlichen Feſtſtellung" der Strafkammerurteile. Wir haben vernünftige Amtsrichter und Landrichter, kluge Kammervorſitzende und Oberlandesgerichtsräte, weiſe Präſidenten wie Räte an den oberſten Gerichten (auch hier ſteigert ſich das Verantwortlichkeitsgefühl und die Einſtellung auf den Logos), wir können Intuition wie Judiz bewundern — aber für den Staat blieb der Richter der „servus legis", und er ſchaffte die kindiſchſten

Streitpunkte, machte die Oberverwaltungsgerichtsräte zu Räten zweiter Klasse und die Oberlandesgerichtsräte setzte er in die vierte, nach Zeitablauf in die dritte Klasse, ebenso wie die ordentlichen Professoren — man schämt sich, wenn man über diese Dinge nachdenkt und sich darüber klar wird, wie wichtig dieser Kram für das Psychologische gewesen ist! Die Unabhängigkeit wurde bestraft. Und der Anwaltschaft mißgönnte der Staat und mancher Richter als „Staatsbeamter" ihr Leitwort:

„Auf Freiheit
ist sie gegründet und wie reich ist sie
durch Freiheit."

Diese Freiheit muß der Anwaltschaft als Vertreterin des Volkes bleiben, wenn sie auch in ihrer beruflichen Organisation von der veralteten „Freiheit" zur straffen Berufsdisziplin, zur selbstgewollten und selbstorganisierten Gebundenheit zu schreiten hat. Und nur aus dem Durchleben dieser „Freiheit und Gebundenheit" kann Richtertum erwachsen, das die Volksgenossen als vom Volk gewollte Richter empfinden. Richter und Rechtsanwalt haben zusammen zu wirken (vgl. den Aufruf in der Deutschen Juristenzeitung vom 1. Januar 1919); der Richter als das mit Imperium bekleidete mit der Gerichtsgewalt ausgestattete, der Anwalt als das freie, von den Rechtsuchenden nach ihrem Vertrauen frei zu wählende Organ, der Anwalt, der an der Rechtsverwirklichung beim Streiten wie beim Schlichten mitwirkt, der im Leben wurzelt und frei sein muß, um seinen Zweck zu erfüllen, der an ständiges Haurire und Creare, nicht nur vor dem Forum, sondern auch in der eigenen Kanzlei gewöhnt ist, dessen Verantwortlichkeitsgefühl nicht durch die Angst vor dem Regreß, sondern durch das Bestreben verstärkt wird, sich das „Vertrauen" der Volksgenossen zu gewinnen und zu erhalten. Die Lebensfülle der Anwaltstätigkeit kann nicht ersetzt werden. Eigene Tätigkeit in der Anwaltschaft wie die Tätigkeit des Anwalts vor Gericht werden für den Richter das beste Erkenntnismittel des Rechts und der Rechtsentwicklung sein.

Wir sprachen vom „Richter" und haben sowohl den Zivil- als den Straf- und Verwaltungsrichter gemeint. War das „statthaft"? Erst unlängst hörte ich einen Oberverwaltungsgerichtsrat betonen, er sei nicht nur Richter, sondern auch Verwaltungsbeamter (Rat zweiter Klasse), und ich dachte gerade, er sei nur stolz darauf, dem stolzen Gerichte als Richter anzugehören, das wie kaum ein

anderes in Preußen das „Suum cuique“ in gerechtem Richterspruch geübt hat. Die Frage der Verwaltungsrechtspflege und der Verwaltungsgerichte ist insbesondere jetzt infolge der Steuergesetzgebung für das Reich von großer Bedeutung. Die Errichtung eines zentralen deutschen Verwaltungsgerichtshofes hat den 29. und 30. Deutschen Juristentag auf Grund der von Schultzenstein, Thoma und Anschütz erstatteten Gutachten beschäftigt, und ist wie früher (13. Legislaturperiode des Reichstages 1912 13) so auch jetzt wieder gelegentlich der Errichtung des Reichsfinanzhofes diskutiert worden. Daß der Gedanke des „Reichsverwaltungsgerichts“ und damit auch die Forderung der gleichmäßigen, durch Reichsgesetz zu regelnden Organisation der unteren Instanzen (vgl. Laband, Deutsche Juristenzeitung, 1910, S. 912) bald wieder auftreten wird, ist anzunehmen, weiter wohl auch, daß es sich um einen Ausbau des Reichsfinanzhofes handeln wird. Bei der organisatorischen Frage wird das Reich es vermeiden müssen, eingearbeitete Gerichte zu einer anderen als der früher geübten Funktion zu verwenden. Das Reich wird sich aber die Regelung der Gerichtsbarkeit wegen Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Ansprüchen vorbehalten müssen. Für uns handelt es sich jetzt um die Frage, ob der Rechtsschutz für Ansprüche des öffentlichen Rechts Sache der Verwaltung oder Gerichtssache ist (vgl. Bähr und Gneist).

Der Art. 1 des württembergischen Gesetzes vom 16. Dezember 1876 sagt:

> „Der Verwaltungsweg findet statt bei Streitigkeiten und Beschwerden in Beziehung auf Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem öffentlichen Rechte in den im gegenwärtigen Gesetze bezeichneten Fällen.“

Das Preußische Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 (§ 7) nennt die „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ Entscheidung in „Verwaltungsstreitsachen“, unterläßt es aber, den Begriff der „Verwaltungsstreitsachen“ zu bestimmen, begnügt sich mit dem formalen Hinweis auf das Gesetz, welches die sachliche Zuständigkeit der Behörden zur Entscheidung zu regeln habe, wendet also die Enumerationsmethode an. Dementsprechend wird auch gesagt (Kunze, Verwaltungsstreitverfahren, Berlin 1918, Guttentag): „In Preußen gehört die Verwaltungsrechtspflege der Verwaltung an, sie ist ein Teil der Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung.“ Es kann aber die Methode des Gesetzgebers nicht maßgebend für die Quali-

fikation des Staatsaktes sein. Die Verwaltungsrechtspflege ist mit der sonst geübten Rechtspflege zu vergleichen und nur hieraus läßt sich bestimmen, ob Justiz- oder Verwaltungsakt vorliegt.

„Der Begriff Verwaltungsrechtspflege geht von der Zivilrechtspflege aus. Er bedeutet dieser gegenüber einen Gegensatz der Behördenart, von welcher die Tätigkeit ausgeübt wird: statt des ordentlichen Gerichtes eine der Ordnung der Verwaltung eingereihte Behörde. Er bedeutet aber anderseits eine Gleichheit der Tätigkeitsart. Die zur Verwaltung gerechnete Behörde handelt wie ein Gericht und zwar wie ein Gericht bei Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten" (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I, S. 133; vgl. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 230 ff.). Deshalb sind die Grundsätze über die Rechtsprechung, über die Stellung der richterlichen Gewalt, die gleichen. Die Organe der Verwaltungsrechtspflege „stellen bei Streitigkeiten justizmäßig fest, was Rechtens ist" (Fleiner S. 237). Auch die Grundsätze der Unabhängigkeit des Richters werden in gleicher Weise in der Verwaltungsrechtspflege formuliert wie in der Justiz (vgl. immer wieder Bähr und Gneist).

Verwaltungsrechtspflege ist echte Gerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichte sind Organe der Rechtspflege. Deshalb ist es Willkür oder Unterstreichung des Wohlgefallens am Beamtentum, wenn man den Verwaltungsrichter anders katalogisieren wollte als den Zivil-, Straf- oder Militärrichter. Nun wird weiter nach der „Vorbildung" gefragt, ob man denn die übliche Vorbildung der Verwaltungsbeamten entbehren könne. Bismarcks Ansicht habe ich schon wiedergegeben. Der jetzige Präsident des Oberverwaltungsgerichts ist, wenn ich nicht irre, auch aus der Anwaltschaft hervorgegangen. Die Anwaltschaft hat, wenn ihr die Ausbildung der gesamten juristischen Jugend zufallen wird, auch diejenigen, die Verwaltungsbeamte werden wollen, nach Individualität und Interesse besonders zu fördern. Es wird ihre Aufgabe sein, Verbindungen mit staatlichen und kommunalen Verwaltungsbehörden, Handelskammern, Banken, Gewerkschaften usw. anzuknüpfen, um als „Kontrollstelle" zusammen mit der Wissenschaft die „Rechtstatsachenforschung" (vgl. Nußbaum, Tübingen 1914, S. 21) auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und immer unter Beachtung des Entwicklungsgedankens wie des Wechsels der „Rechtsanschauungen" (vgl. Walter Pollack „Perspektive und Symbol in Philosophie und

Rechtswissenschaft", S. 268) zu fördern und ferner nur den Jüngern des Rechts die Möglichkeit zu geben, aus dem Leben selbst die Eigenart verwaltungsmäßiger Tätigkeit und für die Staatsverwaltung die Bedeutung des Satzes kennen zu lernen: „Tue was du glaubst, daß es durch das öffentliche Wohl bedingt ist" (Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft). Für junge Leute galt es früher als „feiner" zur „Verwaltung" zu gehen als zur Justiz. Der Ehrgeiz, „Verwaltungsbeamter" (Regierungsreferendar usw.) zu werden, die „Regierungskarriere einzuschlagen", wird wohl durch den „Volksstaat" stark gedämpft sein. Ein erfreuliches Ergebnis läßt sich voraussehen: Eine große Anzahl von jungen Leuten, die als Sinn des Studiums nur den Satz kannten: „D. t Justinianus honores", werden das „Recht" studieren und sich der „Rechts"-anwaltschaft zuwenden. Nachdem der „Rat der Volksbeauftragten" sich in gar keine Ratsklasse eingereiht hat, wird auch der Schmerz über die verlorene „Klasse" zu überwinden sein. Das Bedenken, das tatsächlich früher einmal geäußert worden ist, ob denn Kammergerichtsräte (4. ev. 3. Klasse) zusammen mit Oberverwaltungsgerichtsräten (2. Klasse) in einem Kollegium als Richter zusammenarbeiten könnten (!), wird wohl am 9. November 1918 beerdigt worden sein. Dagegen möge die alte Windthorstsche Forderung wieder erwachen, jeden Richter grundsätzlich finanziell so zu stellen, wie es seiner hohen Aufgabe entspricht. Auf diese Weise wird der Unterschied zwischen Kammergerichts- und Oberverwaltungsgerichtsräten leicht auszugleichen sein.

Für die richterliche Gewalt ist noch eine Frage zu erwähnen: Ihr Verhältnis zur gesetzgebenden Gewalt und zum Verfassungsrecht.

3. Diese Frage leitet zum dritten Punkt über, zum Problem der Rechtsverwirklichung. Gerade hier wird in den demnächst bevorstehenden Verfassungskämpfen um Grundsätzliches gestritten werden. Um was es sich dabei handelt, kann am besten durch ein Zitat aus Erich Kaufmann („Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika", Leipzig 1908) klar gemacht werden, Erich Kaufmann sagt (S. 177):

> „Der wirkliche Unterschied zwischen den amerikanischen Immunitäten von den europäischen kann . . . nicht in ihrer verschiedenen Stellung zum Staate und zur Regierung gesehen werden: hier wie dort ist ihm Quelle der Staat, und hier wie dort wollen sie dem government, den Organen des Staates,

Schranken zur Pflicht machen, jenseits denen das Individuum sich frei bewegen kann. Der Unterschied liegt allein darin, daß es verschiedene Organe sind, denen über die Innehaltung dieser Schranken die letzte Entscheidung anvertraut ist. In der Union sind dazu die Gerichte berufen; und in Europa ist es (meist) die Legislative, die in letzter Instanz über die von den Staatsorganen den Individuen gegenüber einzuhaltenden Grenzen zu urteilen hat. In Amerika ist es der von unabhängigen Gerichten ergangene Rechtsspruch, in Europa der von den unabhängigen Organen der Gesetzgebung erlassene Rechtssatz. Beide Systeme erstreben den Rechtsstaat: Amerika in Form des Justizstaates, Europa durch die Herrschaft des Gesetzes. Hier wie dort sind unabhängige Organe für diese wichtige Funktion berufen."

Hierzu soll weiter ein Wort aus Bährs Rechtsstaat (1864) verglichen werden. Bährs Schrift über den Rechtsstaat ist heute vielleicht wertvoller als bei ihrem Erscheinen. Denn sie ist für den Volksstaat geschrieben, sie baut auf genossenschaftlicher (S. 18) Grundlage auf: „Recht und Gesetz", so heißt es bei Bähr (S. 12), „können nur da wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wo sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereit finden."

In diesem Satze von O. Bähr handelt es sich um die Fälle der direkten, bei der Frage der Ungültigkeitserklärung von Gesetzen um die indirekte Rechtsverwirklichung. In dem zweiten Kapitel meiner Schrift habe ich bezüglich der Frage der direkten Rechtsverwirklichung subjektiver öffentlicher Rechte das Schweizer Beispiel angeführt (S. 42), ich habe ferner auf die bei uns existierenden inappelabelen Ministerialentscheidungen hingewiesen (S. 45), wobei ich das Schicksal der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin als Beispiel hätte hervorheben und dem noch endgültige Entscheidungen des Bundesrats (z. B. in Brausteuersachen, in denen derselbe Beamte in zwei Instanzen, wenn auch in verschiedenen Eigenschaften, zu zeichnen pflegte) hätte hinzufügen können. Denn bei der Frage der direkten Verwirklichung kommt es sowohl auf das „Ob" (verwirklichungsfähig?) als auf das „Wie" (Richterspruch oder Verwaltungsbehörde?) an. Das Zitat aus Kaufmann führt uns zur amerikanischen Bundesverfassung.

Die Schweiz wie die Vereinigten Staaten interessieren uns aus zweifachem Grunde: Einmal, weil es sich um Volksstaaten handelt und sodann, weil es sich in beiden Fällen ebenso wie bei uns um Staatengebilde handelt, die das Verhältnis von Gliedstaaten zu einem Bundesstaate aufweisen. Ebenso wie die Bundesverfassung

der Schweizerischen Eidgenossenschaft (insbesondere Art. 4 und Art. 46 ff.) enthält die „Constitution of the United States" vom 17. September 1787 in Verbindung mit den „Articles in addition to, and amendements of, the Constitution of the United States of America" (insbesondere Art. I– VIII) „Grundrechte", die Art. IX in Betonung der Volkssouveränität mit den Worten ergänzt „The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people." In diesen Zusammenhang gehören weiter die Artikel V und XIV des Verfassungsamendements, die in dem **due process of law** (auch due course of law genannt [vgl. Baldwin S. 89]) die Verwirklichungsgarantie der verfassungsmäßig verbürgten Rechte normieren. Die Verfassung schützt die Grundrechte durch die Bundesgerichtsgewalt und gewährleistet im Falle der Verletzung das „gehörige Rechtsverfahren" (vgl. Freund, „Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika", 1911, S. 31 ff.). Auf die Ausgestaltung des „due process of law" in der amerikanischen Praxis, die Baldwin (S. 95 ff.) eingehend schildert, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Diese Darstellung wäre aber ohne Hervorhebung eines besonderen Momentes unvollständig: Die „Constitution" hat in den Vereinigten Staaten eine andere Bedeutung als sie etwa die frühere Reichsverfassung bei uns hatte. Baldwin sagt: „A Constitution is a garment which a nation wears. Whether written or unwritten, it must grow with its growth." und um den Gedanken der Verfassungsentwickelung zu verstärken, fügt er aus Bryce einen Satz hinzu: „If the Constitution is rigid, Flexibility must be supplied from the mind of the Judges". Charakteristisch ist weiter, daß Baldwin diese Verfassungsfragen in dem Kapitel über die „Richterliche Gewalt bei der Interpretation geschriebenen Rechtes" behandelt, während er in dem folgenden Kapitel (VII) von dem „Judicial power of declaring what has the form of Law not to be Law" handelt, ein Gedanke, der bei Carter (Law, New York 1907, S. 213) noch schärfer in den Worten auftritt: „The Written Law is victorious upon paper and powerless elsewhere". Auch bei Münsterberg (Die Amerikaner, I, „Die Justiz", S. 187) wird, was zum Verständnis der amerikanischen Verfassung und der in ihr enthaltenen richterlichen Gewalt zweierlei hervorgehoben, einmal, daß der Oberste

Gerichtshof in Washington dem Kongreß neben-, nicht untergeordnet ist und ferner, daß er nur für den konkreten Rechtsfall entscheidet, nicht etwa theoretische Entscheidungen fällt und daß es „schon im achtzehnten Jahrhundert dem Präsidenten Washington nicht gelang, vom Obersten Gerichtshof eine Antwort auf eine hypothetische Frage zu gewinnen" (das zu statuieren blieb der Reichsfinanzhofordnung im Jahre 1918 vorbehalten). Damit komme ich auf das eingangs aus Kaufmann Zitierte zurück: In Amerika geht aus dem Gemeinschaftswillen des Volkes die Verfassung hervor, aus der Verfassung erst ergibt sich die Stellung der Staatsorgane. Erich Kaufmann („Auswärtige Gewalt") hebt die für die Vereinigten Staaten geltende Trennung zwischen State und Government hervor und läßt Amerikaner über die Unterscheidung ihrer Verfassung zu den kontinentalen (S. 157 ff.) sprechen. Auf dem europäischen Kontinent besitze die Regierung alle Rechte der souveränen Nation, anders in der Union, „hier sei niemand souverän als die Nation selbst, als der Staat, das Volk" (S. 158). Weiter:

„Sovereignty is somesting which cannot be limited. It is the ultimate power. The sovereign cannot be limited, for he is the source of all law." Nur von der Nation, dem Volk selbst könne daher die Verfassung ausgehen, und die von ihr eingesetzte Regierung könne lediglich die ihr ausdrücklich gegebenen Befugnisse haben und nur innerhalb dieser Schranken rechtlich handeln. Das souveräne verfassungsetzende Volk selbst dagegen könnte tun und lassen was es wolle: das „government" habe seinem Wesen nach nur beschränkte Kompetenzen. Das „Volk" könne diese im Wege der Verfassungsänderung natürlich erweitern; aber immer bedürfe es hierzu eines Aktes eben des souveränen Volkes: niemals könne das „government" solches aus sich selbst und von selbst tun. Die „Constitution" sei eben nicht „a system of laws applicable to any particular territory", sondern sie sei „a creation of a government". Auf Land und Leute wirke sie nur indirekt; direkt wirke sie allein auf das von ihr kreierte „government": the Constitution does not act directly upon the people of Porto Rico or the United States. It is upon the government that the Constitution acts directly. Und wenn schließlich die ganze Erde unter die Herrschaft der Union käme, so wäre nicht etwa die Verfassung auf weitere Gebiete „ausgedehnt", sondern dasselbe von der Verfassung beschaffene „government" hätte seinen Wirkungskreis ausgedehnt: „the Constitution would by the same instrument operating in the same way, viz. upon the government."

Die Stellung der richterlichen Gewalt in den Vereinigten Staaten ergibt sich aus der Heiligung der Verfassung in der Union,

aus der Begründung aller Gewalten durch die Verfassung, aus dem Streben, Rechte und Rechtsverwirklichung unverbrüchlich zu sichern, aus der Erkenntnis der Notwendigkeit der Trennung der Gewalten wie endlich aus der weiteren Erkenntnis, die wir in die Worte Savignys fassen können: „Kein Zeitalter bringt für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern es tut dieses in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit. Dann also muß jedes Zeitalter etwas Gegebenes anerkennen, welches jedoch notwendig und frei zugleich ist; notwendig, insofern es nicht von der besonderen Willkür der Gegenwart abhängig ist, frei, weil es ebensowenig von irgend einer fremden besonderen Willkür (wie der Befehl des Herrn an seinen Sklaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höheren Natur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen" (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1. Bd, S. 3, Über den Zweck dieser Zeitschrift).

Dasselbe haben wir auch bei Bryce gelesen, und wir können dem aus dem Urteilsspruch des Oberrichters Marshall (Marbury v. Madison, 1 Cranch 137) noch hinzufügen: „The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If then the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to ordinary act of the legislature, the constitution and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply."

Da wir uns hier wieder auf dem Gebiete des „Haurire" befinden, so wollen wir uns noch einmal der Schweizerischen Eidesgenossenschaft und ihrer Bundesverfassung zuwenden: In Art. 71 heißt es: „Unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone wird die oberste Gewalt des Bundes durch die Bundesversammlung ausgeübt." Den wichtigsten Vorbehalt für das Volk enthält der Artikel 89 Abs. 2. „Bundesgesetze sowie allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30000 stimmberechtigten Schweizer Bürgern oder von acht Kantonen verlangt wird und Artikel 121 trifft Bestimmungen über die Mitwirkung des Volkes bei der ‚Revision der Bundesverfassung'

(vgl. Moritz Rittinghausen, Die direkte Gesetzgebung durch das Volk, Zürich 1893). Die Rechte des Bundesgerichts, dessen Tätigkeit auf dem Gebiete der Verwirklichung subjektiv-öffentlicher Rechte S. 43 meiner Schrift erwähnt ist, werden durch Art. 113 eingeschränkt. In den dort aufgeführten Fällen (Kompetenzkonflikte zwischen Bundes- und Kantonalbehörden, Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen, Beschwerden, betr Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger . . ., Administrativstreitigkeiten) sind die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemein verbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht maßgebend." Dazu sind noch zu erwähnen Art. 85, der die Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden (13), Garantie der Verfassungen (7, 8) sowie die Aufsicht über die Rechtspflege (11) der Bundesversammlung überträgt. Nach alledem weicht die schweizer Auffassung von der amerikanischen ab, denn in der Union werden nach Art. III, sect. 2 auch die Streitigkeiten zwischen den Staaten usw. vom „judicial power" entschieden.

Georg Jellinek (Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Leipzig 1904) formuliert diesen Unterschied zwischen der Schweiz und der Union in folgenden Worten: „In Europa kennen die Verfassungen zwar erschwerende Formen für die Änderung ihrer Sätze, allein es ist fast überall derselbe Gesetzgeber, der über die Änderung zu entscheiden hat. Die richterliche Kontrolle aber über die Beobachtung dieser Formel ist nicht einmal in der schweizerischen Eidgenossenschaft vorhanden, trotzdem dort ähnlich wie in den Vereinigten Staaten die Verfassungsgesetze von anderen Organen ausgehen wie die einfachen."

Nicht uninteressant ist es, die Präambeln zu vergleichen; in der Union heißt es „in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defence, promote the general welfare and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity" in der Schweiz „den Bund der Eidgenossen zu befestigen, die Einheit, Kraft und Ehre der schweizerischen Nation zu erhalten und zu fördern". Das „establish justice" erscheint als erstes und vornehmstes Mittel der „Confederation and perpetual Union". (Die religiösen und naturrechtlichen Grundlagen der der Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1772 [Altmann, Ausgewählte Urkunden zur außerdeutschen Verfassungsgeschichte seit 1776, Berlin 1897], welche die

Verfassung der Union wesentlich beeinflußt hat, sind von Georg Jellinek in der eben erwähnten Schrift, die später von Boutmy [Études politiques, 1907, S. 122, vgl. auch Woltzendorff, Widerstandsrecht, S. 365 und S. 366 Anm. 1] bekämpft wurde, dargelegt worden).

Gemeinsam ist beiden Verfassungen ein Moment, das Smend (Ungeschriebenes Verfassungsrecht, Festgabe für Otto Mayer, S. 247) hervorhebt, die Volkstümlichkeit. Er weist auf „die knappen, nüchternen stolzen Worte" der amerikanischen Präambel „We the people of the United States" und auf die altehrwürdigfeierlichen der schweizerischen „Im Namen Gottes des Allmächtigen" hin und sagt: „Dann fühlt man sich in der Tat auf amerikanischem, auf schweizer Boden".

Ich will hier den Vergleich zwischen den Verfassungen der Union und der Schweiz abbrechen, insbesondere von einer Gegenüberstellung der föderalistischen und unitarischen Momente absehen und versuchen, aus dem hier zusammengetragenen Material Ergebnisse zu gewinnen:

a) Für die Fragen der Rechtsverwirklichung.

Die beiden Volksstaaten zeigen die Möglichkeit der Verwirklichung subjektiv öffentlicher Rechte durch Richterspruch*). Der Richterspruch als die dem Rechte adäquate Verwirklichung muß auch für unser zukünftiges Verfassungsrecht gefordert werden. Mit zu den publizistischen Ansprüchen gehört auch das Recht jedes Volksgenossen und nach Maßgabe von positiven Gesetzesvorschriften zur Steuerleistung herangezogen zu werden. Auf diesem Gebiete drängt die Rechtsänderung. Die „steuerartige Leistung" wird uns bald mehr beschäftigen als jede andere Leistung, zur Sicherung des staatlichen Steueranspruchs ist der Steuerprozeß weit geeigneter als die Strafandrohung der Steuergesetze, vorausgesetzt, daß ein materielles Steuerjustizrecht geschaffen wird.

---

*) Zwei Einwendungen werden dem Verlangen, jedes Recht durch Richterspruch verwirklichungsfähig zu machen, entgegengesetzt. Einmal wird gefragt, wie es sich dann mit dem für jedes Staatswesen notwendigen Gebiete des freien Ermessens, mit der Verwaltung verhalte. Auch hier ist zu antworten, daß es Aufgabe der Reichsgesetzgebung sein wird, ein materielles Verwaltungsjustizrecht zu schaffen, ein publizistisches „Aktionenrecht als modernes Staatsrecht" (vgl. J. Goldschmidt in der Festschrift für Brunner 133). Ferner wird mit Entsetzen auf die zahllosen Prozesse hingewiesen, die aus

b) für die Stellung der richterlichen Gewalt zur gesetzgebenden Gewalt (indirekte Rechtsverwirklichung).

Bei dem Art. 78 der früheren Reichsverfassung (Kompetenz-Kompetenz) unterschied man Verfassungsänderungsgesetze in Form von „Verfassungsgesetzen" (vgl. v. Seydel, Kommentar S. 413) und in Form von Gesetzen, die materiell die Verfassung änderten, ohne

---

diesem Satze folgen müssen. Unser Freund Heraklit (Fr. 80) sagt, daß alles Recht Streit sei, aber das ist, wie ich zugeben muß, ein schwacher Trost. Es ist in der Tat erforderlich, dem oben formulierten Satz Gedankengänge beizufügen, die aus der „Rechtsfriedenslehre" stammen. Bezüglich dieser Lehre verweise ich auf vier Spezialschriften und die in ihnen enthaltene Literatur: „Die rechtliche Natur und zweckmäßige Gestaltung des Güteverfahrens" von dem schon früher erwähnten Amtsgerichtsrat Dr. Levin, „Das Zusammenwirken der Richter und Rechtsanwälte im Güteverfahren" (Vortrag. Juristische Gesellschaft, Berlin 1916, S. 98), von Landrichter Hackenberger (Tag, 10. 3. 1917), „Die Rechtsanwaltschaft im Dienste der Prozeßführung" von Hans Fritz Abraham (Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, 28. Jahrgang, S. 49ff.) und „Rechtsfriedensämter" von Dr. Hermann Lippe, Enke 1918; von allgemeinen Darlegungen auf Stölzels Billigkeits- und Rechtspflege, auf Mendelssohn-Bartholdys „Justizreform" auf Abickes Anregungen in den „Grundlinien durchgreifender Justizreform", Berlin, Guttentag, 1906 (S. 112 Über die Vergeudung richterlicher Kraft in Deutschland und die Mittel zu ihrer Bekämpfung) und endlich im Zusammenhang mit Abickes (um auch die Gefahren dieser Bestrebungen etwas hervorzuheben), auf die Deutsche Juristen-Zeitung vom 1. 1. 1917 „Ein dringendes Gebot! Eine Umfrage", wo sich Äußerungen von Klein, Eydow, Schmiding, Nagel, Ewald, Ruhstrat, Holtz, Wach, Hagens, H. Heinroth, Landmann, Petri, Mügel, Planck, Vierhaus, Holtgreven, Staff, Düringer, Brandis, Boisly, Schultzenstein, Ohlshausen, Plaschke, Graf Westarp, Koffka, Ring, sowie von 3 Anwälten Haber, Wildhagen, Hachenburg finden).

Wir gehen — wenn man prophezeien darf — einer Zeit entgegen, die für die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten eine möglichst geringe Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichte verlangen wird, ferner die Zahl der dabei mitwirkenden Richter einzuschränken sucht und endlich auch zwecks Erreichung einheitlicher höchstinstanzlicher Rechtsprechung z. B. beim Reichsgericht möglichst wenige Senate fordern wird. Im Strafverfahren (auch und insbesondere im militärischen) wird für möglichst viele Fälle die Strafverfügung mit der Möglichkeit nachfolgender richterlicher Entscheidung sowie die Einschränkung des Strafverfolgungszwangs, des formellen Legalitätsprinzips angestrebt, ferner eine andere Organisation, der Anklagebehörde, die ähnlich wie dies bei dem Anklagevertreter im Militärstrafverfahren der Fall ist, aus Beamten mit richterlichen Funktionen und Garantien bestehen soll; endlich werden wir wohl im Steuerprozeß wie im allgemeinen im Verwaltungsstreitverfahren den Vertreter des Volksinteresses demnächst als Partei erleben und auch hier wird der provisorische richterliche oder verwaltungsgemäße Akt dem Prozeß vorangehen.

dies ausdrücklich zu erklären. „In der Verfassungsurkunde selbst", sagt Laband (Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts I, 1907, S. 1), „hat diese Umgestaltung nur zu einem Teil durch einige Abänderungen des Textes Ausdruck gefunden und zwar in der Regel nur dann, wenn sich die Fortbildung des Rechts in einem offenkundigen Widerspruch mit einer bestimmten und ausdrücklichen Vorschrift der Reichsverfassung gesetzt hat, wie die Verlängerung der Legislaturperiode, der Einführung von Diäten für Reichstagsmitglieder u. dgl.". Wie auch der Wortlaut des Art. 78 zeigt, lag in der Stellung des Bundesrats die Kautel gegen Gefährdung der Reichseinheit durch Verfassungsänderungen. „Der bündische Unitarismus" war die „festeste Grundlage des Verfassungsbaues geworden" (Erich Kaufmann, Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung, Berlin 1917); im Bundesrat und durch den Bundesrat war nach Bismarcks Wort der einzige Boden gegeben, auf dem „die dynastischen und Stammesinteressen ihre Vermittlung mit der Einheit nach außen fanden". Selbst wenn wir einen „Bundesrat" neu erleben sollten, wird dieser Bundesrat die im Dynastischen liegende Stetigkeit nicht aufweisen, und niemals darf er die Volkssouveränität irgendwie einschränken. Der neue Staat wird als Volksstaat unter gerechter Bewertung der Stammesinteressen aufzubauen sein, und es

Das gehört mit in das Kapitel des Rechtsfriedensverfahrens, weil es wie dieses dem Zwecke der Vermeidung des streitigen Prozeßverfahrens dient.

Die leitenden Grundsätze des Rechtsfriedensverfahrens entnehme ich den zitierten Sonderschriften: „Man muß sich zu der Erkenntnis durchringen, daß die Leitung des neu zu schaffenden Güteverfahrens dem Richter, nicht dem Laien zu übertragen ist" (Hackenberger). „Die künftige Rechtsentwickelung wird zu einem obligatorischen Güteverfahren führen. Ziel einer auf der Mithilfe der Rechtsanwälte aufgebauten Sühneinstanz wäre es, in möglichst zahlreichen Fällen einen möglichst gerechten Ausgleich zu schaffen, den Rechtsstreit durch Rechtsfrieden zu ersetzen" (Hans Fritz Abraham). „... Nicht die Prozeßvermeidung..., die angemessene Regelung, die eine möglichste Aufklärung zur Voraussetzung hat, muß das erste Ziel der Güte sein" (aus Levin a.a.O. S. 115). Die prozeßverhütende Tätigkeit des Anwalts bleibt die beste Sicherung des Rechtsfriedens. Entgegenzutreten ist jedem Versuch, durch „Stadtgerichte", dem Bestreben Rechnung zu tragen, „wirtschaftliche Interessen nach einer bestimmten Richtung einseitig durchzuführen, die durchaus nicht immer den idealen Ausgleich zwischen Einzelinteresse und Allgemeininteresse darstellt" (Levin a.a.O. S. 120). Interessant ist die von Mendelssohn-Bartholdy a.a.O. gegebene Darstellung des neuen (1905) französischen Friedensrichtertums (vgl. insbesondere S. 157).

würde dann in einer „Kompetenz-Kompetenz" des zukünftigen Repräsentationsorganes eine stete Gefahr der Einheit liegen. Schon diese Erwägung führt zu der Forderung, „die Verfassungsgesetze anderen Organen zuzuweisen als den einfachen" bei der „Gesetzgebung" in der Regel Beteiligten. Das Volk muß hierbei mitwirken und muß seine Souveränität, sein Grundrecht vor jedem, auch vor der Legislative sichern.

Dazu tritt aber noch eine andere Erwägung, die wir mit einem Zitat aus Gneist (Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen? Berlin 1863; vgl. auch Stölzel, Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Berlin 1888, Bd. 2, S. 690 ff.) einleiten wollen. Gneist sagt (S. 23) von der „legislatio subordinata":

> „Der Landesherr und seine Stände sind in ihrer gesetzgebenden Gewalt den eigenen Landesgerichten nicht untergeordnet, sondern die Landesgerichte ihnen. Allerdings besteht in den nordamerikanischen Freistaaten ein Verhältnis der Art, allein nur als Folge der republikanischen Verfassung. Da den Faktoren der Gesetzgebung hier die notwendige Permanenz fehlt, um eine Garantie gegen übereilte und durch wechselnde Interessen bestimmte Beschlüsse der gesetzgebenden Körper zu gewähren, so hat man durch Überordnung der Gerichte als Wächter für gewisse grundvertragsmäßige Schranken einige Vorzüge der erblichen Monarchie zu erhalten gesucht. Für die deutsche Gerichtsverfassung paßt diese transzendente Gewalt des höchsten Gerichtshofes sicherlich nicht. Jene letzte Garantie liegt vielmehr sicherer in der Erbmonarchie, einem zweiten permanenten und einem dritten gewählten Körper, in ihrem Zusammenwirken bei der Gesetzgebung; sie liegt darin wenigstens soweit, wie menschliche Institutionen eine solche überhaupt gewähren können."

Diese von Gneist bezeichnete „letzte Garantie" besteht nicht mehr. Diese „letzte Garantie" hat Woltzendorff (Vom deutschen Staat und seinem Recht, Leipzig 1917, S. 27) mit „dem Gedanken der genossenschaftlichen Gemeindienlichkeit des Herrscheramtes bezeichnet". Er hat dies dann weiter (S. 31 ff.), an das Wort Bismarcks anknüpfend, es lasse sich für das Recht der Monarchen „kein vollständig legitimer Besitz nachweisen. Die Zustände sind eingealtert und wir haben uns an sie gewöhnt" psychologisch erklärt: „einmal aus der Überzeugung von der Rechtlichkeit des Bestandes in der Herrscherstellung und ferner in der Überzeugung der Gemeindienlichkeit der Vereinheitlichung der früheren gedoppelten Staatsgewalt in der Hand des Fürsten". Auch damit sind die psychologischen Momente m. E. noch nicht erschöpft: es tritt noch etwas hinzu, das Volksbedürfnis

nach einem Symbol des Herrschaftsverhältnisses, also ein irrationales Moment. Die Person des Monarchen wird für viele als „geheiligt" aus dem „Vernunftgemäßen" herausgehoben, was sich unschwer durch zahlreiche kleine Momente darlegen läßt, von denen eins als Beispiel genügen mag: die Verehrung, die der Berliner Schuljunge jeder Hofequipage entgegenzubringen pflegte, was ich aber, um nicht viele außerhalb des Vernunftgemäßen an einer sehr schwachen Stelle zu treffen, auf höhere Altersstufen zu übertragen vermeiden will. Ich habe in meiner Schrift erwähnt, daß den Rat der Volksbeauftragten in seiner Eigenschaft als Reichsregierung eine Atmosphäre der Schwäche umgibt und habe dies gerade damit begründet, daß sein Imperium nur „vernunftgemäß" wirkt.

Erich Kaufmann hat (in seiner Auswärtigen Gewalt, S. 178, in Anwendung von Gedankengängen aus seiner Studie zur Staatslehre des monarchischen Prinzips, Leipzig 1906, S. 57 ff.) behauptet, daß der Gegensatz zwischen der kontinentalen (hie Rechtssatz) und amerikanischen (hie Justizakt) Prinzip in einer völlig verschiedenen Weltauffassung liege. „Aus dem amerikanischen System", sagt Erich Kaufmann, „spricht die Weltanschauung eines konsequenten und selbstbewußten Rationalismus, aus dem europäischen ein starkes Gefühl für die Irrationalität der Welt, ein Gefühl, welches sich in Europa selbst nicht von allem Rationalismus hat ertöten lassen, das aber erst die deutsche Philosophie und Staatslehre des 19. Jahrhunderts tatsächlich ins Bewußtsein zu heben vermochte."

Ich möchte hier eine ganz einfache Frage aufwerfen: Gehört die Sehnsucht nach Gerechtigkeit, der Wunsch, das „Recht" jeder anderen Gewalt gleichgestellt und die Verwirklichung dieses „Rechtes" unverbrüchlich gesichert zu sehen, dem Rationalismus oder der Irrationalität an? Wer so nach dem Richter ruft, denkt nicht an die „logische Denktätigkeit" des Richters, sondern an Weisheit und Gerechtigkeit. Ich möchte hier aus dem Johannes Althusius diejenige Stelle zitieren, die mir das Verständnis für die Größe der Gierkeschen „Rechts"lehre erschlossen hat (1880, S. 318). Gierke sagt:

„Wenn es auch fernerhin ein Recht geben soll — ein Recht, das sich nicht bloß mit dem althergebrachten wohltönenden Namen schmückt, sondern der Ausdruck einer spezifischen, nur sich selbst gleichen und in sich wertvollen Menschheitsidee ist — so bietet sich eine andere geschichtliche Perspektive dar. Dann sind in der Tat dem Rechtsgedanken aus dem Naturrecht unverlierbare Errungenschaften gewonnen

worden, welche von der historischen Auffassung nicht preisgegeben, sondern verallgemeinert sind **und welche in allen Wandlungen und Läuterungen der Rechtsauffassung auch in Zukunft nicht untergehen können. Denn dann wird die Idee der Gerechtigkeit jene Selbständigkeit**, die ihr im Begriffe des Naturrechts erkämpft wurde, **auch im Begriffe des durchweg positiven Rechts** sowohl gegenüber der **Idee der gesellschaftlichen Nützlichkeit** als **gegenüber der Idee** der **kollektiven Macht** immerdar **behalten.**"

Mit den Worten to establish justice bezeichnet die Constitution of the United States vom 17. September 1787 die erste Aufgabe der Union. Von einem höheren Gesetzgeber, der die Verfassung gemacht habe, hörten wir den Oberrichter Marshall sprechen. Erich Kaufmann hat von Burgeß, ich habe von Hadley gelernt, welch Heiligtum heute noch der Amerikaner in dieser Verfassung aus dem Jahre 1787 erblickt; wer etwas heiligt, sondert nicht nur vernunftgemäß ab. Erich Kaufmann zitiert selbst Münsterbergs Hymnus auf die Justitia in Washington, wir haben Wilsons Rechtsfanatismus kennen gelernt, wir wissen, daß er der Verfasser einer der berühmtesten Schriften (Congressional government) ist, wir wollen heute hoffen, daß diese Idee der Gerechtigkeit, wie sie uns Gierke schildert, Wilsons Idee ist, wie wir es seit Anfang Oktober 1918 erhofften. Wir wissen, daß auch im Logos nicht nur das Vernunftgemäße liegt. Ich fürchte beinahe, daß Erich Kaufmann die Phantasie und die Hoffnung, die in diesem „establish justice" liegen, übersehen, daß die „alte Schwiegermutter Weisheit" ihm einen Streich gespielt hat. Und gerade, wenn Wilsons Verhalten uns enttäuscht, dann hoffen wir weiter auf Gerechtigkeit; wenn wir aber etwas mehr von dieser Irrationalität in uns hätten, dann würden wir aufschreien müssen in Rechtsempörung, weil das, was mit uns geschieht, weder der Idee der Gerechtigkeit noch dem „due process of law" entspricht (wenn auch Kollege Lloyd George Prozeßkosten liquidieren will). „Nos actions sont comme les bouts rimés, quo chacun fait rapporter à ce qu'il lui plaît", sagte La Rochefoucauld. Und da wir mit diesen Erörterungen das Problem der Verfassung behandeln, wollen wir im Zusammenhang mit der Lehre vom Vernunftgemäßen hören, was Hegel über eine Verfassung denkt. In der Philosophie des Geistes sagt er (§ 540):

„Die Frage, wem, welcher und wie organisierten Autorität die Gewalt zukomme, eine Verfassung zu machen, ist dieselbe mit der, wer den Geist eines Volkes zu machen habe. Trennt man die Vorstellung einer Verfassung von der des Geistes so, als ob dieser wohl existiere oder existiert

habe, ohne eine Verfassung, die ihm gemäß ist, zu besitzen, so beweist solche Meinung nur die Oberflächlichkeit des Gedankens über den Zusammenhang des Geistes, seines Bewußtseins über sich und seiner Wirklichkeit. Was man so eine Konstitution machen nennt, ist, um dieser Unzertrennlichkeit willen in der Geschichte niemals vorgekommen, ebensowenig als das Machen eines Gesetzbuches; eine Verfassung hat sich aus dem Geiste nur entwickelt identisch mit dessen eigener Entwickelung und zugleich mit ihm die durch den Begriff notwendigen Bildungsstufen und Veränderungen durchlaufen. Es ist der innewohnende Geist und die Geschichte, — und zwar ist die Geschichte nur seine Geschichte, — von welchen die Verfassungen gemacht worden sind und gemacht werden." (Vgl. Hegel, Die Vernunft in der Geschichte. Allg. Einl. II 1 d).

Und selbst wenn Hegels „Geist des Volkes" ganz zum Vernunftgemäßen gehören sollte, der Volksgeist, die Volksseele tut es nicht. „The english petition of right in 1688 was historic and retrospective; the Virginia declaration came directly out of the heart of nature and announced governing principles for all peoples in all future times" (Bancroft).

Wir gingen davon aus, daß das Bedürfnis nach einem Symbol des Herrschaftsverhältnisses in der Volksseele liegt: **Dieses Symbol ist in den Vereinigten Staaten wie in der Schweiz die Verfassung selbst.** In den Vereinigten Staaten hat sich diese Eignung der Verfassung im Laufe der großen geschichtlichen Entwicklung seit 1787 nur verstärkt, insbesondere deshalb, weil man Änderungsversuche vermieden hat und weil man — und damit komme ich auf Woltzendorff zurück — von dieser Verfassung selbst, die errichtet war „to establish justice" die Überzeugung von der Rechtlichkeit des Bestandes wie von der Gemeindienlichkeit hatte, und ferner, weil man — und damit komme ich auf Gneist zurück — die letzte Garantie gegen verfassungswidriges Handeln der durch die Verfassung eingesetzten Organe in der — ebenfalls auf der Verfassung beruhenden — Richtermacht erblickte — aus dem Glauben an die Idee der Gerechtigkeit und an den Richterspruch, der dreierlei vermag: 1. Developing Unwritten Law, 2. Interpreting and Developing Written Law, 3. Declaring what has the form of law is not law (Baldwin). Und in dieser Funktion der richterlichen Gewalt, in der Ebenbürtigkeit von Recht und Staatsgewalt wie in der Fähigkeit des Richters den in der Entwicklung begründeten Wandel wie den Geist der Rechtsordnung, die Rechtsanschauung in ihrer Evolution κατὰ τὸν λόγον beim Urteil mitzuberücksichtigen, liegt das Geheimnis der „Verfassungswandlungen" (vgl. Jellinek, Ver-

fassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906) in den Vereinigten Staaten; so erklärt sich die Heiligung der Verfassung im Volksstaat durch die Gesamtheit der Volksgenossen, wie mir scheint auch aus Irrationalität.

Nicht um Amerika nachzuahmen, sondern weil die Idee der Gleichberechtigung von Recht und Staat urdeutsch ist, sollen wir uns in der Frage der richterlichen Gewalt den gleichen Ausbau für unsere Verfassung wünschen. Auch unsere neue Verfassung soll einem Obersten Gerichtshof die Möglichkeit geben, ein Gesetz, das der Verfassung widerspricht, das Rechte, welche die Verfassung begründet hat, beseitigen will, für ungültig zu erklären und auch damit soll die Verfassung die gerechte Rechtsverwirklichung sichern.

Und damit habe ich die Erörterung der drei Punkte beendigt. Ich bin, obwohl ich Dir, lieber Freund, einen Brief schreiben wollte, beim Haurire mitunter in den Ton der Abhandlung verfallen. Da Du aber die „praktische Pointe" nur im „Antrage" oder im „Petitum" anerkennst, so will ich versuchen, das Wesentliche meiner Ausführungen als **Wünsche für die Verfassung** zu formulieren.

1. **Die Verwirklichung jeden Rechts durch Richterspruch wird gewährleistet.**

2. **Die Rechtsprechung in Strafsachen sowie in Streitigkeiten über Ansprüche des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts wird durch unabhängige nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt.**

3. **Die Rechtsfindung hat den in der Entwickelung begründeten Wandel des gesetzten Inhalts zu berücksichtigen. Aus dem Geiste der Rechtsordnung hat der Richter, wenn das Gesetz schweigt, allgemeine Sätze abzuleiten, nach denen er für den Einzelfall erkennt.**

4. **Die Gerichte, die bei Streitigkeiten über Ansprüche des öffentlichen Rechts zu entscheiden haben, werden durch Reichsgesetz bestimmt.**

5. **In jedem Verfahren sind die allgemeinen die Parteirechte sichernden Grundsätze anzuwenden.**

6. Jede Gerichtsbarkeit, jede Strafe, jede steuerartige Leistung bedarf der Begründung durch Gesetzesvorschrift.

7. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sind nicht statthaft.

8. Für das Völkerrecht ist der Rechtsbrauch der gesitteten Völker maßgebend. Das Gericht, das bei Anwendung des Völkerrechts durch deutsche Gerichte als Oberstes Gericht zu entscheiden hat, wird durch Reichsgesetz bestimmt.

9. Wird in einem gerichtlichen Verfahren die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend gemacht, so hat das Reichs . . .-gericht diese Frage endgültig zu entscheiden.

10. Rechtsfriedensstellen sind nach Maßgabe eines Reichsgesetzes den Gerichten anzugliedern.

11. Die Reichsaufsicht in Justizangelegenheiten wird durch das Reichsjustizamt ausgeübt.

12. Zuständigkeitsfragen zwischen den einzelnen Reichsministerien werden vom Reichsjustizamt entschieden.

Nun glaubst Du gewiß, daß ich begierig bin, diese 12 Sätze oder einen Teil in die Verfassung „hineinzubekommen". Da muß ich Dir erklären, daß mir an keinen der 12 Sätze etwas gelegen ist. Man kann bessere formulieren, man muß etwas hinzufügen, um die Streitigkeiten zwischen Reich und Gliedstaaten, sowie zwischen Gliedstaaten durch das Reichs . . .-gericht (9.) entscheiden zu lassen, man kann aus den 12 Sätzen, um den due process of law zu sichern, 20 machen — auf alles das kommt es aber nicht an. Wieder will ich, um den Gedankengang einzuleiten, und um zu zeigen, daß man beim Haurire zu bedenken hat

„Wie man wenig ist,
Und was man ist, das blieb man andern schuldig" (Goethe),

mit einem Zitat beginnen. Es ist Robert Pilotys „Verwaltungsrechtlichen Gedanken" (Tübingen 1916) entnommen und lautet:

„Eine Regierung mag ihre Ziele aus Gründen der politischen Zweckmäßigkeit verhüllen, ihre Verfassung darf sie nicht verleugnen, will sie sich nicht des Bruches des obersten Grundsatzes alles Rechtes, der Wahrhaftigkeit und damit der Vertrauenswürdigkeit im Menschheits- und Staatenverkehr schuldig machen. Man wird auch nicht weit fehlgehen, wenn man einer Regierung, die statt ihres wahren Gesichts eine Maske zeigt, vorhält, daß auch der Rechtspflege ihres Staates nicht zu trauen sei, und daß ihre Verwaltung fehlgehe."

Die Verfassung des neuen Volksstaates darf weder Maske sein, noch darf sie „gemacht" werden. Sie muß **Rechtsverfassung** sein, sie hat soziale Funktionen zu erfüllen, wie wir sie Woltzendorff entnahmen, sie hat der Idee der Gerechtigkeit zu dienen, die ihre Selbständigkeit auch „im Begriff des durchweg positiven Rechtes sowohl der Idee der gesellschaftlichen Nützlichkeit als gegenüber der Kollektivmacht immerdar behauptet". Sie muß Rechtsverfassung sein und muß wie alles Recht dem Gemeinschaftswillen entspringen, sie muß das Symbol des Rechts für den Träger der Herrschaftsmacht, für die Gesamtheit der Volksgenossen sein. Sie darf nicht wie die Pallas Athene aus dem Haupte des Zeus entspringen, sie muß dem uns von Treitschke (Deutsche Geschichte des 19. Jahrhunderts, Bd. 1, S. 273) mitgeteilten Worte des Freiherrn vom Stein entsprechen: „Eine Verfassung bilden, heißt das Gegenwärtige aus dem Vergangenen entwickeln", sie muß von dem Reich der Ideen zu dem Wasser des Lebens eilen, aus der Vergangenheit schöpfen im Sinne des Haurire. So muß sie gestaltet werden in Einstellung auf den Logos des Deutschtums, auf das allen Volksgenossen und Volksstämmen gemeinschaftliche Kulturgut. Deshalb darf sie nicht „gemacht", nicht in geheim verhandelnden Ausschüssen gefeilt, nicht von Geheimräten gehegt, nicht von Bundesratsbevollmächtigten zurechtgestutzt werden; sie muß aus dem Geiste des Volkes emporsteigen mit dem Rufe: „Wir die deutschen Stämme." — Was der Einzelne leistet und was er entwirft, hat dem

Ziele zu dienen, den Volksgenossen klar zu machen, daß das Volk (und nicht der Geheimrat) sich ein Heiligtum in der Verfassung errichtet, daß der volksstaatliche Gedanke in Wirklichkeit umgesetzt wird und daß, von nun an, wie es im Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft heißt, es sich auch für die Regierung um „Rechte und Befugnisse handelt, welche das Volk den Behörden übertragen hat", nicht mehr um das, was von Oben der Herde gewährt wird, sodann darum, daß die Beamten Treuhänder des Volksgutes sind.

Es sei auch hier an ein Wort erinnert, das Gierke schrieb, als ihm der „Entwurf des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches" vorlag (Leipzig 1889, S. 591).

„Weil man das Gesetzbuch als ein fertiges Ganze der Nation zum Geschenk darbringen wollte, ist nun das Ganze in Gefahr. Wie völlig anders würde die Nation zu dem Werke stehen, wenn sie von vornherein an der Arbeit selbst beteiligt worden wäre, wenn sie mindestens durch Veröffentlichung der Teilentwürfe Gelegenheit erhalten hätte, ihren rechtmäßigen Einfluß auf den Fortgang der Arbeit auszuüben. Denn ein Bürgerliches Gesetzbuch, welches zum Volke sprechen will, muß auch vom Volke erarbeitet sein. Es ist keine Weihnachtsgabe, mit der man ein artiges Kind überrascht. Diesen Irrtum wieder gut zu machen, ist es zu spät. Kostbare Zeit ist unwiederbringlich verloren. Aber alle fernere Arbeit an dem schweren Werke wird sich vor der Wiederholung des Fehlers zu hüten haben. Keine Geheimnistuerei, keine Abwehr des frischen Luftzuges der öffentlichen Meinung, keine Isolierung am grünen Tisch kann frommen. In ganz anderer Weise daher als ihre Vorgängerin wird die neue Kommission im Lichte der Öffentlichkeit zu wirken, wird sie bei ihren Entscheidungen Fühlung mit der Gesamtheit zu suchen haben. Dann wird der deutsche Rechtsgeist in das deutsche Gesetzbuch einziehen. Und mit ihm zugleich wird lebendiger Gemeinschaftsgeist das neue Privatrecht durchdringen. Der romanistische Geist der individualistischen Schablone, welcher mit der deutschen Rechtseinheit die verderbliche Saat der sozialen Auflösung auszustreuen droht, wird für immer beschworen sein. Das Gesetzbuch wird zur Lösung der unermeßlichen sozialen Aufgabe, die dem Privatrecht der Zukunft gestellt ist, die ersten bahnbrechenden Schritte tun. Es wird jugendstark, entwicklungsfähig, herrschmächtig in die Geschichte eingreifen, die Kraft unseres Volkstums erhöhen und auf lange hinaus friedlichen Segen stiften. Die Nation hat die Wahl. Sie kann in kurzer Frist einen berauschenden Sieg der nationalen Idee feiern, um bald ernüchtert zu erkennen, daß der Besiegte das deutsche Volkstum war. Oder sie kann in neuer Arbeit mühevoll ringen, bis sie

den Sieg erkämpft, der die nationale und die deutsche Sache nicht trennt. Wenn unser Volk seiner alten Art nicht ganz vergessen hat, wenn es heute wie so oft in entscheidender Stunde den gleißenden Schein und das innere Sein zu sondern weiß, so kann kein Zweifel walten, wohin die Wahl fällt!"

Wie viel hat sich an den prophetischen Worten Gierkes bewahrheitet. Wie wenig ist das Bürgerliche Gesetzbuch mit seiner abstrakten Sprache in die Volksseele eingedrungen und wie hat es sich durch die Theorie „entprivatrechten" lassen. Wir wenden uns mit diesen Zeilen wie insbesondere mit dem Gierkeschen Zitat gegen jeden Versuch, die Beratung der Verfassung in der zukünftigen Nationalversammlung zu einem Ausschußgeheimnis zu machen. Wir treten auch jedem Versuch entgegen, das Verfassungswerk als ein besonders eiliges darzustellen, insbesondere dem Rufe (Weck, „Die neue Reichsverfassung", Carl Heymanns Verlag 1919, S. 6): „Schnell müssen wir einig werden". Mit „Eile" erweckt man nicht den Volksgeist, damit tötet man den Willen zur Mitarbeit, bevor er ins Bewußtsein des Volkes gelangt ist. Die Nationalversammlung wird handlungsfähig sein, wird sich eine provisorische Regierung einsetzen, wird vorkonstitutionelle Gesetze erlassen. Die Verfassung muß werden und darf nicht „gemacht werden". Wir haben genau so viel Zeit wie das Volk selbst.

Nun wird man mir entgegenhalten, daß ich, der ich immer gegen die Fiktion, gegen das „Als ob" kämpfe, hier wie ein Phantast in Fiktionen wühle. Wo ist denn der „Volksgeist", wird man mich fragen, mir aus Wilhelm Wundts („Völkerpsychologie", 9. Band, 1918, „Das Recht" S. 314) entgegenhalten: „Wir kehren zu der Frage zurück: wo ist ein übereinstimmender Wille zu finden? Die einfache Antwort lautet: er ist nirgends zu finden." Darauf können wir weiter mit Wundt selbst in den Worten antworten:

„Ein Gesamtwille ist überall erst da anzuerkennen, wo sich die vielen Willensrichtungen zu einer dauernden Einheit verbinden, einer Einheit jedoch, die wiederum weder eine Identität noch eine bloße Summation, sondern eine Resultante ist, die übereinstimmende und divergierende Motive in sich schließt, eben deshalb aber auch ein neues Erzeugnis seiner Elemente darstellt. Darum ist die Gesellschaft der Mutterschoß, aus dem der Gesamtwille geboren wird, aber an sich enthält sie diesen noch ebensowenig in sich, wie sie selbst schon eine Gemeinschaft im eigentlichen Sinne des Wortes ist. Sie ist die Grundlage auf der allein die Gemeinschaft oder eine Mehrheit von Gemeinschaften entstehen kann, die aber diese noch nicht in sich schließt, wie denn nach aller Gemeinschafts-

bildung die Gesellschaft zurückbleibt, um, wo innere Motive und äußere Lebensbedingungen zusammentreffen, immer wieder neue Gemeinschaftsbildungen aus sich hervorgehen zu lassen."

Und weiter bezüglich des „Rechtswillens" auch wieder Wundt (S. 344), obwohl die Gierkeschen Gedankengänge uns mehr zu zeigen scheinen, sprechen lassen (S. 344 ff.):

„Wie immer nun aber auch inhaltlich die drei Gebiete der Rechtsgewährung, der Rechtsgebote und der Rechtsverbote sich verändern oder ihre Stellen wechseln mögen, das Konstante in diesem Wechsel bleibt, daß der Rechtswille selbst stets diesen Kategorien sich einordnet, unter denen die des Gebots und des Verbots in dem Begriff der Rechtspflicht dem der Rechtsbefugnis oder der Rechtsmacht gegenübertreten..... Insbesondere beruht hierauf der Übergang der Rechtsbefugnisse vom Einzelnen und der Sippe auf den Staat und die in Masse sich verstärkende Gehorsamspflicht des Einzelnen und der beschränkteren Verbände gegenüber dem Rechtsgebot, das diese Entwicklung des Rechtswillens kennzeichnet. Hierbei vollendet sich nun zugleich die Sonderung des Rechtswillens von dem auf ihn einwirkenden, im Staate zu seiner letzten Ausbildung gelangten Gesamtwillen. Sind die im Rechtswillen vereinigten Normen auf der einen Seite bloß ein Teil der Inhalte des Gesamtwillens, so reichen sie auf der anderen weit über diesen hinaus..... Immerhin bleibt es ein staunenswertes und nach seinem äußeren Einfluß gemessen vielleicht das machtvollste Werk der Kultur, daß der Rechtswille es gewesen ist, der dem Ziel einer die Gesamtheit der Kulturvölker umfassenden Willenseinheit am nächsten gekommen ist."

Da man Wundt eher glauben wird als mir, so kann ich mich mit seinen Ausführungen, obwohl ich in ihnen manches vermisse, gegen den Vorwurf des „Als ob" schützen.

Und doch liegt in der Kritik aus dem „Als ob" etwas Richtiges. Man sollte nämlich nicht nur „Völkerpsychologien", sondern auch „Völkerpsychopathologien" schreiben. Denn, was bei allen Völkern Normalerscheinung der Volkspsyche ist, sollte man Krankheitserscheinungen die Lehre von den psychischen Krankheiten der Völker gegenüberstellen. So bin ich der Überzeugung, daß das Studium von Th. Ziehens Werk über Psychiatrie (Leipzig 1908) uns manches von dem verständlich machen würde, was unsere Feinde uns seit der Herbstkatastrophe angetan haben. Aber, wenn man solche Gedankengänge verfolgt, dann soll man nicht verfehlen auch über das Heimatliche nachzudenken und dabei gelangt man bei uns zu einer merkwürdigen „Volkspsychose ohne Intelligenzdefekt". Das Recht, d. h. das materielle, von vielen aprioriſch gescholtene Recht, das in der Idee der Ge-

rechtigkeit wurzelt, ist aus der allgemeinen Vorstellungswelt bei uns fast geschwunden. Das ist aber keine Rechtsentwickelung, das ist Krankheitsbild. Einiges Material aus meiner Schrift will ich hierfür zusammenstellen.

Welche Rechts- und Unrechtstatsachen haben wir erlebt?

Eine Wandlung des sozialen Herrschaftsverhältnisses in Machtverhältnis, im heimatlichen Staatsrecht eine grotesk gesteigerte Machttheorie, die dem bürgerlichen Recht eine schlechtere Stellung zuwies als es im Polizeistaate gehabt hatte, die rein formal katalogisiert und das materielle Recht als aprioriſch ablehnt, weiter: seit Jahren ein wüstes Fabrizieren von Gesetzen und Verordnungen, daneben immer die Lehre von der „Subsumtionsmaschine" und die absichtliche Zurücksetzung von Richtertum und Anwaltschaft bei gleichzeitiger Auszeichnung der Verwaltungsbeamten; unpopulär abgefaßte Gesetze und Urteile, dann weiter: während des Krieges eine Überschwemmung des gesamten Lebens mit den Äußerungen des supreme power mit Tausenden von Verordnungen und die Verhöhnung dieser Äußerungen durch die Volksgenossen, z. B. durch Belobung des Schleichhandels: während des Krieges weiter die Unfähigkeit unserer Regierungen „Rechtserörterungen" mit den Gegnern zu führen, die Schwierigkeiten der Feldjuristen wie der Prisengerichte, sich in völkerrechtliche Gedankengänge hineinzufinden, dann die Reichsfinanzhofordnung, die „Entwickelung des Unrechtsgefühls" durch das „sich untereinander neidische Vergleichen" (nach Durchführung der grundsätzlichen „Organstellung" jedes männlichen Volksgenossen bis zum 60. Lebensjahre,) durch die mangelhaften Rechtsbehelfe in der Heeresorganisation, durch die „Rechts"ausführungen zu Brest-Litowsk, durch die Unmöglichkeit, sich z. B. bei den Eingriffen der Zentraleinkaufsgesellschaft (Z. E. G.) über die Rechtsbehelfe und den Rechtsweg zu vergewissern; durch die Gewißheit getäuscht worden zu sein, zum mindesten in dem Kapitel der Organisation des Annexionismus, und dann jetzt während der Revolution die famose, von der Rechtsetzung unabhängige rechtsetzende gesetzgebende Gewalt des Rates der Volksbeauftragten, die Befreiung der Geheimräte von paragraphierten Ladenhütern, die Anerkennung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch — das Demobilmachungsamt (!!), die Aufhebung von Gesetzen und Vollstreckungsmaßregeln sowie die Einsetzung von Volks- und Standesgerichten durch die A.- und S.-

Räte, der ständige Ruf nach Ausnahmegerichten und besonderen Gerichtskommissionen, die Krankheitsdisposition für das geistige Fleckfieber des früheren Zarenreiches (mit dem andern Fleckfieber zu vergleichen insbesondere wegen der Krankheitszwischenträger aber auch wegen des fiebrigen Krankheitsbildes): die Tatsache, daß es genügt, wenn Psychopathen sich auf irgendeinen Platz stellen und von dem „Unrecht" sprechen, das ihnen von Vorgesetzten zugefügt worden sei, um Massen zu begeistern und sie dazu zu bringen, sich ihr „Recht" durch Plündern von Läden in armen Gegenden zu suchen: das Fehlen jeder Empörung des Rechtsgefühls bei der Schmach, die man uns antut, — alles das und noch viel mehr haben wir erlebt. Daneben erleben wir Begeisterung, sobald Ausländer insbesondere Wilson von Recht oder Gerechtigkeit sprechen, aber Empörung, wenn bei uns die Hebung des Richtertums und die Verwirklichung jeden Rechts durch Richterspruch gefordert wird. Allenfalls erkennt man bei uns an: das „Recht auf die Phrase" von der Gerechtigkeit, „wie ich sie auffasse". Das ist unpatriotisch, wird man mir entgegenhalten, so etwas darf man nicht aussprechen, das schädigt das Volk, das darf das Ausland nicht lesen, das ist unpolitisch. Wirklich?, meine verehrten Herren Räte dritter, zweiter, erster und nullter Klasse: nur vor etwas ist dem Ausland bange — davor nämlich, daß ein deutscher Staatsmann sich der Welt gegenüber auf das Rechtsbewußtsein des Volks berufen könnte.

„Phrasenheld" wird man sagen. „Rechtsverwirklichung", „Kulturnormen des Verfahrens", „Gerechtigkeit", „Idee des Rechtes", „Pflichtgemäßes Ermessen" und nun gar der „Logos", die „Einstellung des Menschen auf Ewigkeitswerte und Totalität", die „schöpferische Evolution", alles „Phrasen", noch dazu gestohlene, die zumeist den Schriften des Philosophen Bergson entstammen, der mit Lord Reading und André Tardieux nach Washington geschickt wurde.

Es gibt „überhaupt" sehr viel „Phrasen": In allen Schriften, die auf der Welt als heilig gelten, wimmelt es von „Phrasen", in den Philosophien desgleichen, in der Poesie nicht minder, in der Politik z. B. die Wilsonsche Rede in Mount Vernon vom 4. Juli 1918, dann in der Rechtsgeschichte, in der römischen, der deutschen, der englischen (Bill of Rights), in der amerikanischen, die Virginia Bill of Rights, in der französischen (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), dann bei den Schriftstellern Grotius,

Locke, Blackstone, Rousseau, Montesquieu, auch bei einem Manne wie Savigny, der ja die Schrift „vom Beruf unserer Zeit" (1814) mit der „Phrase" schließt:

> „Nam mihi aspicienti legum libros, et cognita pericula Germaniae, saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo quanta incommoda secutura sint, **si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam juris et hoc curiae ornamentum**" (aus Melanchthon oratio de dignitate legum).

„Phrase" ist es ja wohl auch, wenn Gneist seinen Rechtsstaat mit den Worten schließt: „Jurisprudentia est divinarum et humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia — so meinten einst die Juristen, die ihren Beruf in vollem Maße verstanden —" oder wenn Adolf Stölzel das „Suum cuique" vor „Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung" gesetzt hat, und wie viele Phrasen finden sich bei Gierke, Kahl, Kohler, v. Liszt und Stammler, wieviele auch in der von mir erwähnten Windthorstschen Rede. Wie reich war man früher an „Phrasen" — und durch Phrasen!

Heute spricht man z. B. im Programm von der „Unverletzlichkeit des Eigentums" und sofort weiter von der Enteignung; in der Rechtslehre ist man korrekter: „Das Eigentum gewährt nur in gewissen von vornherein durch die Rechtsordnung gegebenen Grenzen ein freies und ausschließliches Einwirkungsrecht," und man hebt hervor, „daß die Grenzen, innerhalb deren die Rechtsordnung dem Eigentümer alle erdenkliche Sachherrschaft gewährt", stark gewechselt haben, daß sie im mittelalterlichen deutschen Recht „eng gezogen waren", zumal bei Grundstücken im Interesse der Gemeinde stark eingeschränkt waren (vgl. Martin Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bearbeitung, Marburg 1913). Hier liegt also eine „echte" Phrase im Satze von der „Unverletzlichkeit des Eigentums".

Man spricht von „Selbstorganisation", aber verweigert der auf sozialwirtschaftlicher Grundlage beruhenden Selbstorganisation der Berufsgenossen die Anerkennung der privaten Rechtsfähigkeit wie den Ausschluß der Verbandshaftung aus außerkontraktlichen Tatbeständen. Steckt denn in dem Hymnus auf die „Selbstorganisation" dann nicht auch eine Phrase? Man spricht von anderen Grundrechten, sagt aber nicht, wie sie verwirklicht werden können. Das sind wohlfeile Phrasen! Aber wie reich ist das Leben doch

durch die Lehre von der Grundschuld, durch das Zwangsversteigerungsgesetz und durch die Konkursordnung! Das sind phrasenfreie Gebiete, deren Bedeutsamkeit auch gar nicht angezweifelt werden kann.

Und dann noch etwas, was in das Gebiet der „echten" Phrasen gehört: Zitiert man Wilsons Ansprache an den Kongreß vom 11. Februar 1918 und spricht man von der „Righteous and triumphant Force which shall make Right the law of the world — so macht man sich des „Wilsonismus" schuldig; sagt man aber, die Lehre von der Ebenbürtigkeit des Rechtes und des Staates sei deutsch, urdeutsch, verweist man auf Gierke oder auf den Johannes Althusius — dann ist man „alldeutsch", spricht man nun gar vom deutschen Mythus, dann ist man „teutsch", wendet man sich gegen die Verunglimpfung des Heeres, dann ist man „Militarist". Parteidisziplin ist gestattet — aber wehe dem, der Heeresdisziplin fordert, der ist ein Blutgieriger aus dem Obrigkeitsstaat und Gegenrevolutionär. Da hilft als Trost entweder das milde Wort „Sei gefühllos" oder das harte Wort des Heraklit aus dem Fragmentum 97: „κύνες γὰρ καταβαῦ ζουσιν ὧν ἂν μὴ γινώσκωσι", das Hermann Diels mit den Worten übersetzt: „Denn Hunde bellen die an, die sie nicht kennen."

Wir brauchen uns also nicht einschüchtern zu lassen; wir bleiben ruhig bei unserer Behauptung: **trotz des der Irrationalität angehörenden Wunsches nach Gerechtigkeit in dem Volke zeigt unser Rechtsleben eine krankhafte Ausschaltung der Idee des Rechtes und eine Manie, nur die positiv gesetzte Norm unabhängig von der Idee des Rechts zur Anwendung zu bringen** (wohl möglich gar „allgemein" und nicht für den Einzelfall, vgl. Entsch. des RG., Bd. 92, S. 367). Nelson mit seiner oft erwähnten Schrift über die „Rechtswissenschaft ohne Recht", v. Liszt mit seiner Kritik hierzu in der Juristischen Wochenschrift, ferner Stammler mit der Lehre vom „richtigen Recht", Radbruch und Rosenthal, sie alle werden zum Beweis des hier Vorgetragenen als Sachverständige benannt. Ich habe die Hauptursachen dieser merkwürdigen Krankheit in meiner Schrift (S. 49) genannt, ich hätte noch die Beeinflussung der Volkspsyche durch die Aufdrängung fremder Rechte, durch die Rezeptionen erwähnen müssen. Der immer wiederkehrenden Gierkeschen Prophezeiungen und Mahnungen (im Johannes Althusius, in der Abhandlung über Laband Staatsrecht, in der Kritik des Entwurfes eines BGB., im Deutschen

Privatrecht) habe ich gedacht. Ich habe auch für meine Person keinen Hehl daraus gemacht, daß ich, solange ich unter dem Einfluß meines von mir hochverehrten Lehrers Laband stand, die Willens- und Machttheorien, wie die Betonung des Dogmatischen „für der Weisheit letzten Schluß" gehalten habe, und daß mich erst andere Momente, Erkenntnisse aus der Praxis, insbesondere aus der Praxis des Krieges, wie die Beschäftigung mit den Gierkeschen Schriften dazu gebracht haben, das, was ich selbst früher für Phrase hielt, als eigentliches Wesen des Rechtes zu erkennen. Auch die Entwickelung des Individuums gehört zum Tatsachenmaterial, das wissenschaftlich einzuordnen ist.

Unterstellt man nun die Richtigkeit meiner Behauptungen, so sind aus ihnen die praktischen Folgerungen zu ziehen:

1. nach der negativen Seite. Hier möchte ich nun auf das eingangs zitierte Wort Robert Pilotys von der Verfassung mit Maskenfunktion verweisen, ferner auf den Zweck der Verfassung, als heiliges Symbol zu dienen für jenes Recht, das dem Staate ebenbürtig ist, und endlich an den Notenwechsel mit den Vereinigten Staaten im Oktober 1918. Es kann nun leicht folgendes geschehen: Der Verfassungsentwurf oder die Verfassungsentwürfe wandern in die Nationalversammlung, vielleicht wird auch etwas über die „richterliche Gewalt" aufgenommen, dann geht die Arbeit in dem Ausschusse los oder es wird im Plenum diskutiert, und so erhält das deutsche Volk den Volksstaat und seine Verfassung „von oben" und wartet neugierig ab, wie die neuen Wahlen ausfallen werden. Die volksstaatliche Verfassung ohne Gemeinschafts- und Rechtswillen wäre in der Tat nur eine Maske und das Ergebnis nicht höher zu bewerten als der staatlich anerkannte Volksstaat des Prinzen Max von Baden. Angenommen, die Rechtsfrage, die Frage nach der Rechtsverfassung, nach dem Verhältnis von Rechtssatz zum Richterspruch würde ausgeschaltet oder nur als nebensächlich in irgendeinem Titel von der Rechtspflege auch nicht im allgemeinen, sondern im besonderen Teil behandelt, auf welchem Niveau würde dann die ganze Verfassung stehen? Dann kommt jeder Stamm und jeder Einzelne mit seinen rein wirtschaftlichen und politischen Interessen an und legitimiert sich mit dem „Quia possideo". mit dem Machtverhältnis, und es wird ihm als unhöfliche Antwort das Wort des Ulpian zuteil: „Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit

„quia possideo“, nec contendet se heredem vel per mendacium“ (l. 11 § 1 D. de her. pet. 5. 3). Im Jahre 1862 hielt Ferdinand Lassalle in einem Berliner Bürger-Bezirksverein einen Vortrag über das „Verfassungswesen“. Er trug eine Reihe von Tatsachen vor (S. 8) und sagte: „In allen diesen Tatsachen spricht sich somit aus, daß nach dem gesamten Gefühl der Völker eine Verfassung etwas noch viel Heiligeres, Festeres, Unveränderlicheres sein soll, als ein gewöhnliches Gesetz.“ Er fragt dann weiter, warum die Verfassung ein „Grundgesetz“ genannt werde, und sagt, der „Grund“ müsse eine tätige Kraft sein, welche auf alle Gesetze derartig einwirkt, daß „sie in einem gewissen Umfange notwendig so und nicht anders werden wie sie eben sind.“ Dann sagt er weiter: „Die tatsächlichen Machtverhältnisse, die in einer jeden Gesellschaft bestehen, sind jene tätig wirkende Kraft, welche alle Gesetze und rechtlichen Einrichtungen dieser Gesellschaft so bestimmt, daß sie im wesentlichen gar nicht anders sein können als sie eben sind.“ Das sind „die tatsächlichen Machtverhältnisse“. „Wie verhält es sich,“ so fragt er, „dann nun aber mit dem, was man gewöhnlich Verfassung nennt, mit der rechtlichen Verfassung?“ In dieser erblickt er „in Wirklichkeit“ (S. 21) ein Blatt Papier, das den Änderungen in den wirklichen Machtverhältnissen, der organisierten Macht des Herrschers und der unorganisierten des Volkes Rechnung trägt; die geschriebene Verfassung habe nur Wert und Dauer (S. 32), wenn sie der genaue Ausdruck der wirklichen in der Gesellschaft bestehenden Machtverhältnisse sei. Soviel aus Lassalle. Der Dualismus zwischen Volk und Herrscher, wie ihn Lassalle schildert, besteht im Volksstaat nicht, hier liegt die gesamte Staatsgewalt beim Volke. Und jetzt kann das Recht die Verfassung beherrschen.

Um „Machtverhältnisse“ handelt es sich im Verhältnis der einzelnen Gliedstaaten zueinander und zum Reiche, ferner bei den wirtschaftlichen und sozialen, im Parteileben sich ausdrückenden Machtverhältnissen und endlich bei den Kompetenzen der staatlichen Organe, bei der Organisierung der Staatsmacht, insbesondere bei der Regelung der Exekutive. Überall gibt es Regelungen nach einem gerechten Verteilungsmaßstab und einen billigen Ausgleich. Alle Regelungen sollen ex voluntate populi erfolgen, und dies soll nicht fingiert sein. Das Volk soll also, wie die amerikanische Verfassung sagt „establish justice“ und es kann nur ein Verfassungswerk Bestand haben, das — wozu eine

gleiche Machtverteilung unter den politischen Parteien beitragen möge — die justitia, die gerechte Regelung des Machtverhältnisses zum Fundament des Staates macht, das ausgleicht und Ausgleich sichert. Es muß das A und O der Verfassung nicht der Macht- sondern der Rechtsgedanke im Volke sein, dann muß also dieser Rechtssinn wieder geweckt werden, der gerade durch die Art der Begründung der Gesetzgebung in der Revolutionszeit aufs neue gekränkt wurde, man muß also, und das ist das Negative, die Verfassung so lange unvollendet lassen, bis der sich im Rechtssinn äußernde Gemeinschaftswille des Volkes wieder gesundet ist.

2. Nun zum Positiven: Es muß der Fertigstellung der Verfassung eine organisierte Aufklärung des Volkes über die Bedeutung der Rechtsverfassung vorangehen. Das Volk darf nicht die Verfassung als Geschenk von „oben", auch nicht von seinem eigenen Willensorgan, von der Nationalversammlung, erhalten. Sonst erleben wir wieder die „Gesetzgebungs"-, vielleicht auch die „Subsumtionsmaschine", und da das Volk sich niemals ohne den Rechtssinn seines eigenen Rechtes bewußt werden, sich selbst empfinden kann, geht es wieder weiter mit dem „unpolitischen Sinn" nach dem Satze der vertrauensvollen Hingabe an die, welche der Zufall der Wahl oder der politischen Parteikonstellation zur Regierung bringt: „*ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι . . . ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν*" (vgl. C 60 § 4 D. mand. 17, 1): „Was ich bin und was ich habe, vertraue ich Dir an, als seist Du mein Herr", aber die Einschränkung, die in der zivilrechtlichen Lehre vom Mandat liegt, fehlt der Satz, daß der Vertrauensmann ex voluntate domini, also hier dem Gemeinschaftswillen des Volkes gemäß, pflichtgemäß (ex fide) zu handeln habe: denn Gemeinschaftswille wie Rechtssinn ist hier Fiktion, der Prokurator hat keinen Herrn, der Prokurator ist der Herr, nicht der Treuhänder des Volksgutes.

Gerade bei der Frage des „Warum" setzen die Einwendungen ein: Es wird gesagt, daß alles dies doch nur ein „ideales" Ziel sei, daß man heute nur „praktische" Ziele habe und für das Ideelle ruhigere Zeiten abgewartet werden müssen. Darauf ist zu antworten, daß das Ganze, obwohl es sich um die Idee des Rechts und der Gerechtigkeit handelt, geradezu antiideell gedacht ist. Es handelt sich um unsere Rechtsordnung, nicht um das Vernunftrecht

als solches. Gerade weil uns auf diesem Gebiete das Gemeinschaftsbewußtsein fehlt, haschen wir nach fremden Ideen. Trotz streng rechtlicher Gesinnung, trotz ausgeprägtesten Pflichtgefühls fehlt dem deutschen Volk das Bewußtsein des eigenen Rechts, das Bewußtsein des Rechts am Eigenen, das Bewußtsein des Rechts auf Würdigung dieses Rechtes durch andere — durch die Legislative und Exekutive daheim, durch die anderen Staaten in der Völkerrechtsordnung. Auf unser gewaltiges Pflichtgefühl verlassen wir uns bei den anderen statt unser Recht zu empfinden und die Respektierung und Verwirklichung unseres Rechtes von ihnen zu verlangen. Dieses Rechtsbewußtsein hat mit individualistischer Auffassung nichts zu tun, sondern wurzelt in der Idee des Rechts und der Gerechtigkeit. Das ordnungsliebendste und ruhigste Volk der Welt wird nach langen Jahren schwerster Pflichterfüllung plötzlich — als Verbrecher behandelt, dem keinerlei Parteirechte zustehen sollen, kein due process of law, und ruhig nimmt es die Ungerechtigkeit hin: *ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι. — ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν.* „Mach was Du willst mit mir. Ich bin rechtlos und Du bist mein Herr." Fehlender Rechtssinn, verbunden mit der Bewunderung der Idee des Fremden, unsere vertrauensvolle Hingabe — an den Feind.

Fas est et ab hoste doceri. Jedermann sei die Lektüre des 5. Kapitels des Münsterbergschen Werkes „Die Amerikaner" (Berlin 1904) mit der Überschrift die „Justiz" empfohlen. Da wird er lesen, wie durch Tradition, Erziehung und Institutionen „das Rechtsbewußtsein eines Volkes" organisiert werden kann, und wer Wilsons Reden (im Text 1918, Reimar Hobbing) liest, der sieht, daß Wilson — gleichgültig ob es Politik oder eigene Überzeugung war — sich immer nur an dies Rechtsbewußtsein gewandt, immer nur von Right und Justice gesprochen hat, denen er force und interest gegenüberstellte. So „praktisch" ist das Rechtsbewußtsein eines Volkes, so praktisch, es durch Institutionen zu sichern. Selbst wer den Satz annimmt, den Marx 1859 in seiner „Kritik der politischen Ökonomie" formulierte: „Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt", der muß mit diesem Satz etwas anerkennen, nämlich „das Bewußtsein", und wo es fehlt, muß er suchen, es zu erwecken, und ist es geweckt, so werden unsere Volksmänner anders sprechen können als heute.

Was soll zum Inhalt der Propaganda des „Rechtes" gemacht werden? Nie kann einem die Abgrenzung des Gebietes leichter gemacht werden als zu einer Zeit, in der Verfassungsentwürfe vorliegen, in der eine Verfassung werden soll. In den Mittelpunkt der Propaganda muß die Verfassung gestellt werden und zwar unter dem Gesichtspunkte der Volkssouveränität und der Rechtsverwirklichung. Die Bedeutung der Verfassung selbst, die Rechte unverbrüchlich sichern soll, muß klargelegt werden, dann ihre Aufgabe, den Rechtsfrieden zu bringen und zu sichern, die Geschichte den deutschen Einheitsbestrebungen, der Unterschied zwischen dem Obrigkeitsstaat und dem Volksstaat, das genossenschaftliche Prinzip und die alten genossenschaftlichen Rechtsformen wie die neuen, insbesondere die Gewerkschaften, die genossenschaftliche Berufsorganisation, die alte Form des Eigentums, das geteilte Eigentum, die Enteignung, die Persönlichkeitsrechte, die Heimfallsrechte usw. Alles das wird viel besser, mit seiner Begründung in der Vergangenheit, Werdendes vorbereiten als Steuergesetzentwürfe, die urplötzlich von oben herunterprasseln. Darzustellen ist alles als Teil der Rechtsordnung unter Einstellung auf die Idee des Rechts und der Gerechtigkeit.

Wie soll die Aufklärung vor sich gehen? In Wort und Schrift, in Flugblättern, Broschüren, Reden, Diskussionen usw. Wie es der „gelehrte Berufsstand" gemacht hat, der einst zugunsten der romanistischen Denkweise ein altes Recht umgestoßen hat, so kann es auch heute geschehen. Die Arbeit ist heute nur viel leichter, weil das Gebiet durch den Rahmen der Verfassung begrenzt werden mag. Man wird nun weiter fragen, ob das „Wie" nicht durch die Unabhängigen oder durch die Spartakiden recht gefährlich werden kann. Wenn die Arbeit ehrlich und wahrheitsgetreu geleistet wird, so halte ich diese Gefahr für gering.

Wer soll die Arbeit verrichten? Es stehen genug vorgebildete Hilfskräfte zur Verfügung. Mancher „Rat", mancher „Bund", mancher „Aktionsausschuß" soll statt der „Abwehr", das Wiederaufbauen zu seiner Arbeit machen. Für die Arbeit muß eine Zentrale geschaffen werden, es kann sogar „eine Behörde" sein, vorausgesetzt, daß die Behörde sich nicht als Obrigkeit, sondern als Dienerin des Volkes fühlt. Auch als Apostel einer neuen Lehre dürfen sich die Mitarbeiter nicht fühlen! (vgl. das Réglement de la société des amis de la Constitution vom 8. Februar 1780 Actes des Apôtres

bei Zinkeisen, „Der Jakobiner-Klub", 1. Teil, Beilagen, Berlin 1852). Vielleicht hat der Aufruf der Deutschen Juristen-Zeitung vom 1. Januar 1919 die Möglichkeit einer durch eine Zentrale zu organisierenden Arbeit vorbereitet, vielleicht hilft der große Rechtslehrer mit, dessen Lebenswerk die Grundlage der Arbeit bilden wird, vielleicht wird es eine der ersten Aufgaben der Volkshochschulkurse, die ich am Schlusse meiner Schrift erwähnte, sein, die Lehre vom Rechte in der Rechtsverfassung dem Volk als einen Teil seiner Kultur zu verkünden, damit das deutsche Volk aus dem Willen zum Rechte und zum „richtig verbindenden Wollen" (Stammler) seinen Wiederaufbau beginne. Dann wird ein Gefühl des Gemeinsamen auch in den Erben Steins und Bismarcks, Gagerns und Simsons, Bebels und Liebknechts, Benningsens und Bassermanns, Windthorsts und Hertlings, Richters und Bambergers erwachen, allen wird das Rechtsbewußtsein des Volkes ein Weiser sein, den Einzelnen, den Parteien wie auch den Stämmen, deren auseinanderstrebende Interessen sich nicht nach dem „Quia possideo", sondern nach dem Streben um Erhaltung der Reichseinheit, aus dem Glauben an die Unsterblichkeit des Deutschtums in gerechter Lösung ausgleichen werden. Richterspruch ist besser denn Machtspruch.

Das Volk, bei dem alle Gewalt zu liegen hat, wird seine Verfassung heiligen, weil sie die Verwirklichung allen Rechtes durch Gerechtigkeit gewährleistet. „To establish justice" schrieb das Volk der Vereinigten Staaten in seine Präambel; „Im Namen des Rechts" können wir über die unsere setzen „und fühlen uns auf deutschem Boden".

Das ist die Notstandsarbeit, die in der Revolutionszeit drängt, die schnell bewältigt werden muß und kann; ohne sie wird die Verfassung nichts sein als eine Regelung von Machtverhältnissen, aus „tönendem Erz" und „klingenden Schellen", aus Drohungen und Phrasen, mit ihr wird die Verfassung unser bester Schutz sein — auch nach außen.

Nur durch diese Vorarbeit, durch die Gesundung des Rechtssinns, durch diese Heiligung der Verfassung als Rechtsverfassung aller Stämme und Volksgenossen kann der Erfolg einer anderen Arbeit gesichert werden. Die Vorarbeiten, die Erzberger in seiner Schrift über den „Völkerbund" geleistet hat, die Entwürfe der „Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht", die Schriften von Liszt, Mendelssohn-Bartholdy, Niemeyer, Schücking, Sinsheimer,

Zitelman und Zorn, die Vorarbeiten Franckes und Zimmermanns, die das mit Gustav von Schmoller früher gemeinsam geübte Werk der internationalen sozialen Praxis fortsetzen, alles dies wird seine Früchte tragen: Es wird sie tragen, wenn die uns feindlichen Völker wissen, daß die Zeit gekommen ist, wo auch wir mit Recht wieder von jenem Recht sprechen, dessen Ebenbürtigkeit mit dem Staate als Grundnorm in der deutschen Rechtsgeschichte wurzelt, das in unserer neuen Verfassung wieder unverbrüchlich gesichert wird, wenn sie erkennen, daß unsere Verfassung keine Maske ist, wenn sie fühlen, daß die Verfassurg des deutschen Volksstaats im Rechtsbewußtsein eines Volkes wurzelt, das in seiner wie in jeder Rechtsordnung als Recht nur das anerkennen kann, was in der Idee der Gerechtigkeit liegt. Danach wird sich auch der Völkerbund als Teil des Rechtsbrauchs der gesitteten Völker zu „richten" haben. In einem Vortrag über die „Bedeutung und die Fortschritte des modernen Völkerrechts" sagte Bluntschli (Berlin, Lüderitz, 1866):

„Die angeführten einzelnen Momente mögen genügen, um die großen Fortschritte zu veranschaulichen, welche das Völkerrecht in neuerer Zeit wirklich gemacht hat, wenngleich sie auch darauf hinweisen, daß noch weitere Fortschritte zu machen sind, wenn die zivilisatorische Aufgabe des Völkerrechts erfüllt und eine humane Weltordnung hergestellt werden soll. Wie die Wissenschaft für die Begründung und Erkenntnis des Völkerrechts entscheidend geworden ist, so hat sie die Pflicht, auch seine Fortschritte vorzubereiten, zu beleuchten und zu begleiten. Obwohl nur die Praxis der Staatsmänner die Leitung übernommen hat, so hängt doch die Wirksamkeit des Völkerrechts hauptsächlich davon ab, daß seine Grundsätze und Grundgedanken von der öffentlichen Meinung gekannt und gebilligt werden und daß das öffentliche Gewissen darüber aufgeklärt werde."

Die Macht des Rechtes, auf der sich unser Volksbewußtsein wie unsere neue Verfassung zu gründen hat, wird uns in dem Völkerbunde die Stellung sichern, die einer großen Nation gebührt. Nur bei gerechter Ausgestaltung wird aus dem Völkerbunde Weltvernunft erwachsen: gemeinschaftliche Arbeit der gesitteten Völker in Einstellung auf Ewigkeitswerte und Totalität, Sicherung des Friedens und Schutz jeder friedlichen Arbeit, sodann der völkerrechtliche due process of law, die Entwickelung dessen, was allem Menschentum gemeinsam ist. Dann wird auch die Evolution dieser furchtbaren Jahre „schöpferisch" werden, im Sinne des Goethewortes durch die Aussicht, daß aus den Leiden

der Menſchheit, aus dem gewaltigſten Konflikt „ein Drittes hervorgehe, das dem Wunſche aller Menſchen entſprechen werde.“

Damit ſchließe ich; und ich denke an die Schrift *KATA IΩANHN*, an den Logos, den Äther des Geiſtigen, der alles Menſchentum umfängt, der das kinetiſche Prinzip aller geiſtigen Entwickelung iſt — und Du geh in Deinen Temple de la Raison, nimm aber den Goethe mit und lies das Gedicht, das ich Dir an der Spitze dieſes Briefes nannte.

„Was iſt heilig? Das iſt's, was viele Seelen zuſammen
Bindet; bänd' es auch nur leicht, wie die Binſe den Kranz.
Was iſt das Heiligſte? Das, was heut' und ewig die Geiſter,
Tiefer und tiefer gefühlt, immer nur einiger macht.“

(Goethe, Vier Jahresz., 68, 69.)

Dein Freund

Alfred Fr.

Druck von A. W. Hayn's Erben, Potsdam.

Das

Problem der Seele und der Willensfreiheit in Theorie und Praxis.

Beitrag zum Ende eines alten Streits.

Von

Stabsarzt Dr. **Emil Lobedank** in Hann.-Münden.

Gr.-8°. Preis 1 M. 95 Pf.

Gedanken eines Praktikers zur Frage des juristischen Modernismus.

Von

Dr. A. R. Zacharias,

Oberlandesgerichtsrat in Hamburg.

8°. Preis 80 Pf.

Über Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters.

Von

Dr. A. R. Zacharias,

Oberlandesgerichtsrat in Hamburg.

Gr.-8°. Preis 4 M. 55 Pf.

Die Billigkeit.

Eine Grundform des freien Rechts.

Von

Fritz Gillis.

Gr.-8°. Preis 3 M. 25 Pf.

Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft.

Von

Jacques Stern.

8°. Preis 1 M. 55 Pf.

In den Preisen der Bücher ist der Verlegerteuerungszuschlag eingerechnet, der 10prozentige Zuschlag des Sortiments dagegen nicht.

Verfassung und Verwaltung des Deutschen Reiches

nebst wichtigen Nebengesetzen.

Ein Hilfsbuch für die Examina in Justiz und Verwaltung sowie für die Doktorprüfung.

Von

Dr. jur. M. Gebhardt,

Gerichtsassessor a. D.

Gr.-8°. Preis 12 M. 35 Pf., geb. 13 M.

Verfassung des Deutschen Reichs.

Mit Einleitung und Kommentar

von

Dr. Adolf Arndt.

Fünfte, vermehrte und verbesserte Auflage.

8°. 7 M. 15 Pf., geb. 7 M. 80 Pf.

Das Staatsrecht des Deutschen Reichs.

Von

Dr. Philipp Zorn,

Geh. Justizrat, ordentl. Professor der Rechte in Bonn.

Zweite, völlig neubearbeitete Auflage.

I. Band: Das Verfassungsrecht.

8°. 10 M. 40 Pf., geb. in Leinen 11 M. 70 Pf.

II. Band: Das Verwaltungsrecht,

einschließlich des äußeren Staats-, des Militär- und Seerechts.

8°. 13 M., geb. in Leinen 14 M. 30 Pf.

Über Rechtsbegriffe.

Von

Dr. Paul Eltzbacher.

Gr.-8°. Preis 2 M. 60 Pf.

In den Preisen der Bücher ist der Verlegerteuerungszuschlag eingerechnet, der 10prozentige Zuschlag des Sortimenters dagegen nicht.

Druck von A. W. Hayn's Erben, Potsdam.